

# **REKKEVIDDEN AV SELSKAPERS SELVINKRIMINERINGSVERN**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 225

Leveringsfrist: 01.06.2012

Til sammen 36 307 ord

01.06.2012

# Innholdsfortegnelse

<b><u>DEL 1 – INTRODUKSJON</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>1    INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1    Formål	1
1.2    Avgrensninger	4
1.3    Metode	4
1.4    Oversikt over rettsnormen	6
1.4.1    Vilkår og følge	7
1.4.2    Kort om grunnvilkårene	8
1.4.2.1    Straff	8
1.4.2.2    Anklage	9
1.4.2.3    Avgjørelse	11
1.5    Den videre fremstillingen	11
<b><u>2    SELSKAPER SOM RETTIGHETSSUBJEKTER ETTER EMK</u></b>	<b><u>13</u></b>
2.1    Innledning	13
2.2    Kort om selskapsrettslige teorier	13
2.3    EMDs tilnærming til selskapers vesen	15
2.3.1    Praksis knyttet til offerkravet etter EMK artikkel 34	16
2.3.2    Praksis knyttet til EMK artikkel 41	17
2.3.3    Oppsummering	22
2.4    Noen ord om Rt. 2011 s. 800	23
<b><u>DEL II – HENSYN OG ANVENDELSESOMRÅDE</u></b>	<b><u>25</u></b>
<b><u>3    TILSIER HENSYNENE ET MER BEGRENSET VERN FOR SELSKAPER?</u></b>	<b><u>25</u></b>

<b>3.1</b>	<b>Innledning og bakgrunn</b>	<b>25</b>
<b>3.2</b>	<b>Verdighetshensyn</b>	<b>27</b>
<b>3.3</b>	<b>Rettssikkerhetshensyn</b>	<b>31</b>
3.3.1	Behovet for å unngå rettsfornektelse	31
3.3.2	Oppnåelse av målene etter artikkel 6	33
3.3.3	Nærheten til uskyldspresumsjonen	34
3.3.4	Balanse mellom stat og individ	36
<b>3.4</b>	<b>Konklusjon</b>	<b>37</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>I HVILKE SITUASJONER HAR SELSKAPER ET VERN?</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>38</b>
<b>4.2</b>	<b>På hvilke måter kan tilsynsorgan tvinge selskaper?</b>	<b>38</b>
<b>4.3</b>	<b>Hvilke fremtvingselsmidler omfattes av vernet?</b>	<b>42</b>
4.3.1	Oversikt	42
4.3.2	Forklaringspålegg	43
4.3.3	Utleveringspålegg	47
4.3.4	Bistandspålegg	54
4.3.5	Undersøkelse på person	56
<b>4.4</b>	<b>Selvinkrimineringsvernet som bevisforbud</b>	<b>61</b>
<b>4.5</b>	<b>Hvilken type informasjon er vernet?</b>	<b>63</b>
<b>4.6</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>67</b>
	<b><u>DEL III – KRENKELSE AV VERNET</u></b>	<b><u>68</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>HVOR INNGRIPENDE ER FREMSKAFFELSEN ELLER BRUKEN?</u></b>	<b><u>68</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>68</b>
<b>5.2</b>	<b>Vurderingen av fremtvingelsen – utilbørlig tvang?</b>	<b>69</b>
5.2.1	Naturen og graden av tvang	69
5.2.1.1	Direkte eller indirekte tvang	69

5.2.1.2	Graden av tvang	70
5.2.1.3	Omfanget av opplysningsplikten	72
5.2.2	Prosessuelle garantier som kan redusere graden av tvang	75
<b>5.3</b>	<b>Vurderingen av bruken av beviset</b>	<b>78</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>RELATIVISERENDE VURDERINGSMOMENTER</u></b>	<b><u>82</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>82</b>
<b>6.2</b>	<b>Offentlig interesse</b>	<b>83</b>
6.2.1	Relevansen av offentlig interesse	83
6.2.2	Betydningen av offentlig interesse	85
6.2.3	Betydning for selskaper	87
<b>6.3</b>	<b>Implisitt samtykke</b>	<b>92</b>
6.3.1	Utgangspunkt	92
6.3.2	Overførbart til andre reguleringsområder?	92
6.3.3	Vilkår for implisitt samtykke?	95
6.3.4	Betydning for selskaper	97
<b>6.4</b>	<b>En videre handlefrihet overfor selskaper?</b>	<b>100</b>
6.4.1	Utgangspunkt	100
6.4.2	Staters handlefrihet etter EMK artikkel 8	101
6.4.3	Begrunnelsen for en mer tilbakeholden prøving	104
6.4.4	Betydning for selskaper	105
<b><u>7</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE REFLEKSJONER</u></b>	<b><u>110</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Sammenfatning</b>	<b>110</b>
<b>7.2</b>	<b>Vurdering av lovforslag</b>	<b>112</b>
<b>7.3</b>	<b>Veien videre</b>	<b>114</b>

## DEL 1 – INTRODUKSJON

### 1 Innledning

#### 1.1 Formål

I vår rettsorden regnes det som et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har plikt til å bidra til egen straffelse.<sup>1</sup> Vernet mot tvungen selvinkriminering kommer til uttrykk i straffeprosessloven §§ 90, 123 og 230, og straffeloven § 167. Vernet fremgår ikke uttrykkelig av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), men blir etter fast praksis innfortolket i kravet til rettferdig rettergang ("fair [...] hearing") i artikkel 6.<sup>2</sup> Det har lenge vært omstridt om vernet mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6 bare gjelder fysiske personer, eller om det også kan få anvendelse på juridiske personer som selskaper. Spørsmålet føyer seg inn i en større rettsfilosofisk diskurs om menneskerettighetenes formål og subjekter. Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har gitt flere av rettssikkerhetsgarantiene etter EMK artikkel 6 anvendelse på selskaper, så som retten til rettergang<sup>3</sup> innen rimelig tid<sup>4</sup> og uskyldspresumsjonen.<sup>5</sup> Selskaper har også et vern etter artikkel 10 om ytringsfrihet<sup>6</sup>, artikkel 8 om vern av bolig og korrespondanse<sup>7</sup> og tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 om rett til eiendom.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Rt. 1999 s. 1269 (på s. 1271).

<sup>2</sup> Funke v France (1993) § 44, Saunders v. UK (1996) § 68.

<sup>3</sup> Noviflora Sweden AB v Sweden (1992).

<sup>4</sup> Comingersoll S.A. v Portugal (2001).

<sup>5</sup> Västberga Taxi AB and Vulic v Sweden (2002).

<sup>6</sup> The Sunday Times v. UK (1987).

<sup>7</sup> Niemietz v. Germany (1992).

<sup>8</sup> EMK P1 artikkel 1 innledes med: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions."

I Rt. 2011 s. 800 kom Høyesterett til at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 også gjelder for juridiske personer. Spørsmålet *om* selskaper har et vern må derfor anses relativt avklart i norsk rett. EMD har imidlertid ikke tatt direkte stilling til spørsmålet om selskaper er vernet. Domstolens avgjørelser om selvinkrimineringsvernet omhandler til dags dato kun fysiske personer. Jeg legger likevel til grunn at selskaper har et vern mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6. Problemstillingen i avhandlingen er *hvilken rekkevidde* dette vernet har for selskaper i norsk rett. Med selskaper forstår jeg foretaksregistrerte aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.<sup>9</sup> Jeg avgrenser dermed mot andre selskaps- og sammenslutningsstrukturer som ansvarlige selskap og foreninger. Drøftelsene i oppgaven vil imidlertid ha overføringsverdi på andre juridiske personer i sin alminnelighet.

En av grunnene til at spørsmålet om vernets rekkevidde for selskaper har interesse, er at Høyesterett antyder i Rt. 2011 s. 800 at vernet mot selvinkriminering kan være *forskjellig* i relasjon til fysiske og juridiske personer.<sup>10</sup> Førstvoterende gir uttrykk for at det ved vurderingen av ”hvor langt det materielle inkrimineringsvern rekker” vil ”kunne ha betydning om det er et selskap eller en enkeltperson som er rettighetshaver.” Konkurranselovutvalget legger i NOU 2012: 7 til grunn at ”foretak må innrømmes et visst vern mot selvinkriminering, men at det fremstår som usikkert hvor langt dette vernet gjelder.”<sup>11</sup> I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) tas det også et forbehold om rekkevidden: ”Omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak etter EMK er riktignok usikkert, men det er etter departementets oppfatning sannsynlig at det eksisterer et *visst* vern [min kursivering].”<sup>12</sup> En slik differensiering har videre støtte i en tolkningsuttalelse fra Lovavdelingen. I tolkningsuttalelsen, som gjaldt akvakulturregelverket og vernet mot

---

<sup>9</sup> Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er definert som ”ethvert selskap hvor ikke noen av deltakerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser”, jf. aksjeloven § 1-1 (2) og allmennaksjeloven § 1-1 (2), jf. § 1-1.

<sup>10</sup> Rt. 2011 s. 800 (56).

<sup>11</sup> NOU 2012: 7 pkt. 7.3.3.3.1.

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146

selvinkriminering, antok Lovavdelingen at ”det skal mer til før et selskaps eventuelle selvinkrimineringsvern – sammenlignet med en fysisk person – krenkes”.<sup>13</sup>

Det vanlige er å behandle spørsmålet om selvinkriminering i en straffeprosessuell kontekst.<sup>14</sup> Jeg vil i stedet ta utgangspunkt i ”forvaltningsstraffeprosessen”.<sup>15</sup> EMDs anvendelse av de straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantiene i EMK artikkel 6 er i utgangspunktet blind for vårt internrettslige skille mellom forvaltningssanksjoner og tradisjonell straff. Eksempelene vil jeg hente fra konkurranseretten og akvakulturretten, to områder hvor selskapers selvinkrimineringsvern kan komme på spissen. Eksempelene er kun ment som illustrasjon. Avhandlingen tar ikke sikte på å gi noen uttømmende analyse av selvinkrimineringsvernets rekkevidde på disse rettsområdene. Siktemålet er begrenset til å trekke opp grensene for selskapers selvinkrimineringsvern mer generelt i norsk forvaltningsstraffeprosess.

To offentlige utredninger har gått inn for to vidt forskjellige avgrensninger av et vern mot selvinkriminering for selskaper på forvaltningsstraffeprosessens område. Sanksjonsutvalget foreslo i NOU 2003: 15 å lovfeste en generell forvaltningsrettslig regel som gir selskaper rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette selskapet for en administrativ sanksjon eller straff.<sup>16</sup> Konkurranselovutvalget har i NOU 2012: 7, etter modell av EU-retten, foreslått at selskaper bare skal kunne nekte å svare på spørsmål som vil tvinge dem til å innrømme en overtredelse av konkurranseloven.<sup>17</sup> Jeg kommer tilbake til holdbarheten av hvert av disse alternativene underveis.

---

<sup>13</sup> Lovavdelingens uttalelse av 9. september 2008.

<sup>14</sup> Øyen (2010) har allerede utførlig behandlet selvinkrimineringsvernet i straffeprosessen i sin doktorgradsavhandling.

<sup>15</sup> Se for eksempel Stub (2011) s. 20.

<sup>16</sup> NOU 2003: 15 s. 353-354.

<sup>17</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.3.4.2.

## 1.2 Avgrensninger

I tråd med oppgavens forvaltningsprosessuelle tema, avgrenser jeg mot tradisjonell straffeprosess og straffeprosesslovens bestemmelser om selvinkriminering.<sup>18</sup> Videre avgrenser jeg mot selvinkrimineringsvernet nedfelt i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 nr. 3 bokstav g, fordi bestemmelsen etter fast praksis fra FNs menneskerettighetskomité bare får anvendelse på fysiske personer.<sup>19</sup> Jeg vil heller ikke foreta noen selvstendig behandling av EU-rettens selvinkrimineringsvern.<sup>20</sup> Praksis og begrunnelse vedrørende det EU-rettslige vernet vil likevel kunne komme inn som et moment ved tolkningen av EMK artikkel 6. Videre avgrenser jeg mot EMK artikkel 10. Bestemmelsen verner retten til å holde seg taus i betydningen negativ ytringsfrihet.<sup>21</sup> Den tidligere europeiske menneskerettighetskomisjon har prinsipielt anerkjent et selvinkrimineringsvern etter denne bestemmelsen.<sup>22</sup> EMD har imidlertid ikke funnet det nødvendig å anvende artikkel 10 i tillegg til artikkel 6 i saker om selvinkriminering.<sup>23</sup> Endelig avgrenser jeg mot de problemstillinger som kan oppstå der det er tale om å overlevere fremtvungne selvinkriminerende bevis fra et forvaltningsorgan til påtalemyndigheten.

## 1.3 Metode

Oppgaven tar sikte på å klarlegge gjeldende rett i samsvar med tradisjonell juridisk metode som også Høyesterett anvender. Dermed er det ikke sagt at den juridiske metoden er en udiskutabel og endelig fastlagt størrelse.<sup>24</sup> Man kan likevel si med Backer at det foreligger tilstrekkelig enighet om rettskildeprinsippenes ”kjerne” til at det ikke er påkrevd med ”noen større preliminær diskusjon av metoden” før man tar fatt på en rettsvitenskapelig undersøkelse.<sup>25</sup> Hertil kommer at grunnleggende

---

<sup>18</sup> Straffeprosessloven § 1 og § 2 avgrenser formelt de saker som behandles etter straffeprosessen.

<sup>19</sup> FNs menneskerettighetskomité, *A newspaper publishing company v. Trinidad and Tobago* (1989).

<sup>20</sup> *Orkem v. Commission* (1989) § 34.

<sup>21</sup> Eggen (2002) s. 311.

<sup>22</sup> *K v. Austria* (1992) § 45, omtalt i *Van der Heijden v. The Netherlands* (2012) § 64.

<sup>23</sup> *Se Serves v. France* (1997) § 55. Christoffersen (2011) s. 444. Se Øyen (2010) s. 23-24.

<sup>24</sup> Se Graver (2008), Mæhle (2004), Eckhoff (2001).

<sup>25</sup> Backer (1986) s. 56.



metodespørsmål i liten grad egner seg for behandling i en rettsdogmatisk avhandling.<sup>26</sup> Jeg nøyer meg derfor med å si at metodebruken i avhandlingen er styrt av et mål om nå frem til resultater som også Høyesterett vil kunne slutte seg til.<sup>27</sup>

I denne sammenheng er det tilstrekkelig å si noe om tolkningen av EMK i norsk rett. EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven § 2, og går ved motstrid foran annen lovgivning, jf. § 3. Høyesterett i plenum har flere ganger trukket opp grunnleggende tolkningsprinsipper for denne forrangsbestemmelsen.<sup>28</sup> I Rt. 2005 s. 833 ble det oppsummert at:

”ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”<sup>29</sup>

Norske rettsanvendere skal altså benytte EMDs metode ved tolkningen av EMK. Men hva går den metoden ut på?

EMK er en traktat inngått mellom stater og skal derfor tolkes i samsvar med Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31-33.<sup>30</sup> Utgangspunktet for tolkningen er den alminnelige forståelsen av ordlyden lest i sammenheng og i lys av konvensjonens formål, jf. artikkel 31. Formålsbetraktninger står dermed sentralt.

---

<sup>26</sup> Slik også Torgersen (2008) s. 65, Stub (2011) s. 8.

<sup>27</sup> Slik også Stub (2011) s. 8. Selv om rettsdogmatikk og konkret rettslig argumentasjon skjer innenfor de samme metodiske rammene, er det likevel forskjeller. Mæhle (2004) s. 340 skriver at rettsdogmatikken står ”overfor en forventning om sterkere grad av diskursiv innsikt, diskursivt ansvar og diskursiv årvåkenhet” enn konkret rettslig argumentasjon.

<sup>28</sup> Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359.

<sup>29</sup> Rt. 2005 s. 833 (45). Flertallets tolkning av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2) i denne saken viste seg for øvrig ikke å stemme med EMDs egen forståelse av bestemmelsen, jf. G v. UK (2011) § 29. At plenumsavgjørelsen ble fraveket i resultatet, røkkes imidlertid ikke tolkningsprinsippenes gyldighet.

<sup>30</sup> Golder v. UK (1975) § 29-30.

EMDs prinsipper om effektiv og dynamisk fortolkning kan ses som utslag eller forlengelser av denne formålsoverorienterte tolkningsstilen.<sup>31</sup> Effektivitetsprinsippet innebærer at konvensjonen skal tolkes på en måte som sikrer rettigheter som er praktiske og effektive, ikke teoretiske og illusoriske.<sup>32</sup> Dynamisk fortolkning innebærer at EMD ser på konvensjonen som et "living instrument", og tolker bestemmelsene i lys av "present-day conditions".<sup>33</sup>

EMD benytter i tillegg det som er kalt et komparativt fortolkningsprinsipp.<sup>34</sup> Dette kommer til syne gjennom eksplisitte eller implisitte vurderinger av hvilke standarder som må anses allment aksepterte i konvensjonsstatene og ellers i folkeretten.<sup>35</sup> Videre tilsier "legal certainty, foreseeability and equality before the law" at EMD vektlegger egne prejudikater, selv om EMD ikke er formelt bundet av sine tidligere avgjørelser.<sup>36</sup> EMDs praksis er derfor en kilde av betydelig vekt. Juridisk litteratur har ingen selvstendig betydning ved tolkningen. Litteraturen kan likevel indirekte ha innflytelse som systematiserende og argumenterende kilder til kunnskap. Fremstillinger i nasjonale forarbeider over gjeldende rett etter konvensjonen, kan kategoriseres på samme måte.<sup>37</sup>

#### 1.4 Oversikt over rettsnormen

Selvinkrimineringsvernet favner flere typer rettigheter. EMD skiller terminologisk mellom "the right to remain silent" og "the privilege against self-incrimination".<sup>38</sup> Det

---

<sup>31</sup> Emberland (2006) s. 21 med videre henvisninger.

<sup>32</sup> Soering v. UK (1989) § 87.

<sup>33</sup> Tyrer v. UK (1978), § 31.

<sup>34</sup> Christoffersen (2011) s. 24. Det komparative tolkningsprinsipp fremgår også av Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 tredje ledd bokstav c.

<sup>35</sup> Marckx v. Belgium (1979), Saunders v. UK (1996).

<sup>36</sup> Christine Goodwin (2002) § 74-75.

<sup>37</sup> Eckhoff (2001) s. 70.

<sup>38</sup> Se Bykov v. Russia (2009) 87, John Murray v. UK § 45.

er vanlig å forstå vernet mot selvinkriminering som en overkategori, som omfatter retten til taushet.<sup>39</sup> Også jeg gjør det.<sup>40</sup>

#### 1.4.1 Vilkår og følge

Selvinkrimineringsvernet er som nevnt innfortolket i kravet til rettferdig rettergang ("fair [...] hearing") etter EMK artikkel 6. Rettsnormen lar seg derfor bare delvis lese ut av ordlyden i artikkel 6. Rettsnormens øvrige bestanddeler må oppstilles på bakgrunn av EMDs praksis. Av ordlyden i EMK artikkel 6 følger tre grunnvilkår som alle må være oppfylt for at selvinkrimineringsvernet skal få anvendelse. Saken må gjelde "determination of ... any criminal charge", altså (1) *avgjørelse* av (2) *anklage* om (3) *straff*.<sup>41</sup> Derneft er det et vilkår at anklagede er utsatt for *utilbørlig tvang* for å få vedkommende til å gi opplysninger. Frivillig selvinkriminering er man naturligvis ikke vernet mot, og heller ikke enhver form for tvang. Forutsatt at alle disse vilkårene er oppfylt, foretar EMD en nærmere vurdering av om myndighetenes fremgangsmåte har krenket vernets "very essence". I denne vurderingen inngår følgende kriterier; naturen og graden av tvang, relevante prosessuelle garantier og tidvis den offentlige interesse i forfølgning og sanksjonering av lovbruddet. I enkelte saker er det også vektlagt om anklagede implisitt har forhåndssamtykket til opplysningsplikten. Er opplysningen allerede fremtvunget, vurderer EMD i tillegg om beviset er brukt på en måte som er "fair", prosessen vurdert under ett.

Følgen av at selvinkrimineringsvernet trås for nært på fremtvingelsesstadiet, er at anklagede straffritt kan nekte å gi opplysninger. Hvis anklagede i strid med selvinkrimineringsvernet er straffet for opplysningssvikt, kan det gi grunnlag for å konstatere krenkelse eller tilkjenne erstatning eller oppreisning, jf. EMK artikkel 41. Er opplysningen fremtvunget og er bruk "unfair", blir følgen at beviset avskjæres. Har beviset allerede dannet grunnlag for en domfellelse, kan vedkommende kreve saken gjenopptatt eller tilkjennes erstatning etter EMK artikkel 41.

---

<sup>39</sup> Saunders v. UK (1996), Judge Martens' dissens med støtte fra Judge Kuris, punkt B 4. Øyen (2010) s. 25, Trechsel (2005) s. 342.

<sup>40</sup> Johansen (2009) s. 48-49, s. 67 behandler derimot retten til taushet som en særskilt rettighet.

<sup>41</sup> Vernon v. UK (1999).

### 1.4.2 Kort om grunnvilkårene

I de følgende underpunkter vil jeg kort angi noen forutsetninger for når grunnvilkårene om henholdsvis straff, anklage og avgjørelse er oppfylt.<sup>42</sup> Jeg avstår fra en nærmere analyse av disse grunnvilkårene, fordi oppfyllelsen av dem neppe påvirkes av om vedkommende er et individ eller selskap.<sup>43</sup>

#### 1.4.2.1 Straff

EMD anvender et autonomt og materielt straffebegrep, som omfatter en rekke administrative sanksjoner utenfor det man i norsk rett vil regne til den formelle strafferetten.<sup>44</sup> Vurderingen skjer etter ”Engel-kriteriene”: nasjonal klassifikasjon, overtredelsens art, og reaksjonens art og styrke.<sup>45</sup> Kriteriene er alternative, men kan også vurderes samlet der ingen av kriteriene er oppfylt hver for seg.<sup>46</sup> For forvaltningssanksjoner, som ikke er klassifisert som straff etter intern norsk rett, vil vurderingen bero på de to siste kriteriene. Det sentrale er da om sanksjonen har et avskrekkende og pønalt formål, og om normen er generaliserbar. Også størrelsen på gebyret eller boten, og om det er subsidiær fengselsstraff, vil kunne ha betydning.

Det er alminnelig antatt at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er straff etter EMK artikkel 6.<sup>47</sup> Sanksjonen har et avskrekkende og pønalt formål, den ivaretar

---

<sup>42</sup> Hvilke forvaltningssanksjoner som er straff i EMKs forstand er allerede utførlig behandlet av Berg (2005). Stub (2010) gir en systematisk og overbevisende analyse av anklagebegrepet [siktet] i forvaltningens tilsynsvirksomhet.

<sup>43</sup> I den materielle vurderingen av om subjektet er anklaget kan det likevel ikke utelukkes at rettssubjektets art kan være av betydning.

<sup>44</sup> Engel v. Netherlands (1976).

<sup>45</sup> Engel v. Netherlands (1976).

<sup>46</sup> Jussila v. Finland (2006) §§ 30 og 31, Rt. 2007 s. 1217 (40).

<sup>47</sup> A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie (2011) §§ 42, 44, Société Stenuit v France (1992). NOU 2012: 7 pkt. 7.3.3.1, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117, NOU 2003: 12, s.135, Rt. 2011 s. 910 (48), Berg (2005) s. Stub (2010) s. 103, Teigum (2009) s. 697, Jones (2008) s. 1176.

offentlige interesser normalt beskyttet av strafferetten,<sup>48</sup> og gebyrene kan bli meget høye.<sup>49</sup> Mer tvilsomt er det om overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30 er straff i konvensjonens forstand. Også her er det tale om en sanksjon med et ”visst pønalt preg” som er ment å virke individual- og allmennpreventivt.<sup>50</sup> Samtidig retter sanksjonen seg mot en begrenset gruppe virksomheter som driver i henhold til akvakulturtillatelse. Sanksjonen er dermed ikke ”a punitive criminal measure of general application to all citizens”.<sup>51</sup> Videre er gebyret oppad begrenset til et beløp som neppe er tyngende for selskapene.<sup>52</sup> Det er likevel en utbredt oppfatning i norsk rett at gebyret er straff etter EMK artikkel 6.<sup>53</sup> Jeg legger i det følgende til grunn at gebyr etter akvakulturloven er slik straff, om enn helt i ytterkanten av konvensjonens straffebegrep.<sup>54</sup>

#### 1.4.2.2 Anklage

Ordet ”charged” er gjenstand for en autonom fortolkning av EMD.<sup>55</sup> Anklagebegrepet<sup>56</sup> har etter sikker praksis en formell og en materiell side. Formelt anses man anklaget fra

---

<sup>48</sup> A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie (2011) § 40, Stenuit c. France (1991) § 62.

<sup>49</sup> Forskrift om utmåling av overtredelsesgebyr § 2 åpner for bøter på inntil 10 prosent av omsetningen.

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 75-76.

<sup>51</sup> Inocêncio c. Portugal (2001). EMD avviste at et administrativt gebyr for brudd på bygningsreguleringer var straff etter EMK artikkel 6. Formålet med sanksjonen var ”controlling the use of property for the purposes of a balanced town-planning policy”, og ikke en pønalt sanksjon med generell anvendelse. EMD så også hen til gebyrets størrelse og at det ikke var subsidiær fengselsstraff. Vektlagt i Rt. 2002 s. 509 på s. 520.

<sup>52</sup> Forskrift om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven §§ 11 og 12 begrenser det pønale tillegget til 15 ganger folketrygdens grunnbeløp, per i dag 1 188 240 kr.

<sup>53</sup> Sivilombudsmannens sak 2008/2349. Oslo tingrett la i en avgjørelse av 1. februar 2012 til grunn at overtredelsesgebyr etter akvakulturloven var straff etter EMK artikkel 6, og for øvrig utgjorde straff etter Grunnloven § 96. Staten bestred ikke at gebyret var straff i konvensjonens forstand. Se motsatt konklusjon i rapporten ”Administrative sanksjoner, reaksjoner og straff i akvakulturloven”, overlevert Fiskeri- og kystdepartementet den 26.04.2012.

<sup>54</sup> Jussila v. Finland (2006) § 43.

<sup>55</sup> Deweer v. Belgium (1980) § 42.

<sup>56</sup> EMK artikkel 6 og dets ”charge” eller ”toute accusation” er på norsk oversatt til ”siktelse” og på dansk til ”anklage”. I avhandlingen foretrekkes ordet anklage, fordi det i mindre grad konnoterer formell intern, straffeprosess. Se Rt. 2002 s. 509 (på s. 517).

”the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence”.<sup>57</sup> Et selskap er dermed anklaget fra det tidspunkt det mottar forhåndsvarsel om at det kan være aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 eller akvakulturloven § 30.<sup>58</sup> Materielt kan man være anklaget fra et tidligere tidspunkt, hvis ens situasjon som følge av forfølgningen er “substantially affected”.<sup>59</sup> I denne vurderingen vektlegger EMD<sup>60</sup> momenter som mistankegrunnlag,<sup>61</sup> eventuelle underretninger til vedkommende<sup>62</sup> og tidvis hva slags informasjon som kreves.<sup>63</sup> Administrative undersøkelser som verken formelt eller reelt gjelder sanksjonering, holdes utenfor.<sup>64</sup> Det betyr blant annet at undersøkelser iverksatt av et forvaltningsorgan som ikke har adgang til å ilegge en materiell straffesanksjon, ikke er tilstrekkelig til at selskaper anses ”substantially affected”.<sup>65</sup> Et forbehold må imidlertid tas for situasjoner der slike undersøkelser skjer i samråd med politiet, ettersom politiet kan få oversendt opplysninger om straffbare forhold etter forvaltningsloven § 13b første ledd nr. 6.<sup>66</sup> Omgåelseshensyn og effektivitetsprinsippet taler for at selskaper kan bli ”substantially affected” av forvaltningsorganets undersøkelser, også her. Jeg avgrenser mot slike situasjoner.<sup>67</sup> Når det gjelder konkurransesaker og akvakultursaker, vil et selskap kunne anses anklaget

---

<sup>57</sup> Corigliano v. Italy (1982) § 34, Eckle v. Germany (1982) § 73, Deweer v. Belgium (1980) § 46.

<sup>58</sup> NOU 2003: 12 s. 99. Rt. 2000 s. 996 (på s. 1018), Rt. 2004 s. 134 (37), Stub (2010) s. 104, Kjølbro (2010) s. 370, Christoffersen (2011) s. 348.

<sup>59</sup> Corigliano v. Italy (1982) § 34, Eckle v. Germany (1982) § 73, Deweer v. Belgium (1980) § 46, NOU 2003: 12 s. 99.

<sup>60</sup> HUDOC-søk foretatt 10.01.2012 med søkeordene ”substantially affected” og ”self-incrimination”. Søket ga 11 treff, hvorav 10 relevante.

<sup>61</sup> Aleksandr Zaichenko v. Russia (2010) §§ 42, 43, Rieg v. Austria (2005), Weh v. Austria (2004), Heaney and McGuinness v. Ireland (2001), Serves v. France (1997).

<sup>62</sup> Lückhof and Spanner v. Austria (2008), O’Halloran and Francis v. UK (2007)

<sup>63</sup> Rieg v. Austria (2005), Weh v. Austria (2004), Heaney and McGuinness v. Ireland (2001).

<sup>64</sup> I Fayed v. UK (1994) § 61 avgrenset EMD mot undersøkelser som er ”essentially investigative” og ikke ”adjudicate, either in form or in substance”. Rt. 2000 s. 996 på s. 1018.

<sup>65</sup> Stub (2011) s. 108. Dette er for eksempel tilfellet for Konkurransetilsynet i relasjon til fysiske personer.

<sup>66</sup> Stub (2011) s. 108.

<sup>67</sup> Schea (1995) skriver utførlig om problemstillinger knyttet til informasjonsflyt fra forvaltningsorgan til politiet i saker om økonomisk kriminalitet.

allerede fra det mottar opplysningspålegg etter konkurranseloven § 24 eller akvakulturloven § 24.

#### 1.4.2.3 Avgjørelse

Det tredje grunnvilkåret, “determination of”, medfører en avgrensning mot organer som bare har i oppgave å undersøke, fastlegge og bedømme et faktisk hendelsesforløp uten at det selv skal treffe en avgjørelse om det straffbare forholdet.<sup>68</sup> Konkurransetilsynet og Fiskeridirektoratet er eksempler på organer som er gitt myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr overfor selskaper, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd og akvakulturloven § 30.<sup>69</sup> De avgjør dermed straffeanklager i EMKs forstand.<sup>70</sup>

### 1.5 Den videre fremstillingen

Et vesentlig premiss for avhandlingen er hva som forstås med selskaper som rettighetssubjekt. I kapittel 2 vil jeg forsøke å si noe om hvilken tilnærming EMD har til selskaper som rettighetssubjekter etter konvensjonen. I avhandlingens del II vil jeg se på de ytre rammene for selskapers selvinkrimineringsvern. Kapittel 3 drøfter om hensynene bak vernet tilsier innsnevring av vernet. Kapittel 4 drøfter vernets anvendelsesområde for selskaper. Avhandlingens del III omhandler den materielle krenkelsesvurderingen i to trinn. Kapittel 5 tar utgangspunkt i objektiviserte kriterier EMD anvender i vurderingen av om vernet er trådt for nær på fremtvingelses- og brukstidspunktet. Kapittel 6 drøfter om relativiserte vurderingsmomenter likevel eller uansett kan tilsi at et inngrep er konvensjonsmessig. Kapittel 7 konkluderer.

For å unngå dobbeltbehandling, vil jeg så langt som mulig samdrøfte vernet mot fremtvingelse av selvinkriminerende opplysninger og vernet som grunnlag for

---

<sup>68</sup> Kjølbros (2010) s. 345.

<sup>69</sup> Fiskeridirektoratet sentralt er ved brev fra Fiskeri- og kystdepartementet (FKD) 19.01.05, jf. brev fra FKD 23.08.07, tildelt kompetanse som tilsynsmyndighet, jf. akvakulturloven § 21. Fiskeridirektoratet regionalt er ved brev fra FKD 08.02.11 gitt delegert kompetanse til å utmåle overtredelsesgebyr for overtredelse av akvakulturloven §§ 47 og 48, samt flere forskriftsbestemmelser.

<sup>70</sup> NOU 2003: 12 s. 186.

bevisavskjæring, etter mønster fra EMDs storkammer (heretter storkammeret) i *O'Halloran and Francis*.<sup>71</sup> Jeg tar utgangspunkt i vernet mot fremtvingelse, og knytter bemerkninger til bevisforbudet der det synes nødvendig. Som det vil fremgå av det følgende vil ikke løsningen nødvendigvis bli den samme i begge relasjonene.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> *O'Halloran and Francis v. UK* (2002) § 44: "The central issue in each case, however, is whether the coercion of a person who is the subject of a charge of speeding under section 172 of the 1998 Act to make statements which incriminate him or might lead to his incrimination is compatible with Article 6 of the Convention. To the extent possible, the Court will therefore consider the two cases together."

<sup>72</sup> NOU 2003: 15 s. 103.



## 2 Selskaper som rettighetssubjekter etter EMK

### 2.1 Innledning

Med rettssubjekt menes en fysisk eller juridisk person som kan ha rettigheter og plikter.<sup>73</sup> I denne sammenheng er det tale om rettigheter etter konvensjonen, og ikke plikter. Jeg vil derfor bruke ordet rettighetssubjekt. Kapitlets siktemål er å peke på enkelte trekk ved måten EMD har tilnærmet seg selskaper som rettighetssubjekt i andre saker, for å belyse hvordan EMD vil kunne nærme seg selskaper som rettighetssubjekt etter selvinkrimineringsvernet. Domstolens forståelse av selskaper er en nødvendig brikke for å diskutere hvorfor selskaper skal være vernet mot å inkriminere seg selv.<sup>74</sup> Det er også en nødvendig komponent for å drøfte vernets anvendelsesområde, og under hvilke omstendigheter vernet kan anses krenket overfor selskaper. Disse problemstillingene er tema for avhandlingens del II og III.

### 2.2 Kort om selskapsrettslige teorier

Hva som utgjør ”corporate personality” har opptatt rettsvitenskapen lenge, noen vil si helt siden romertiden.<sup>75</sup> Det er utviklet en rekke teorier som på ulikt vis forsøker å forklare selskapets vesen. Jeg vil ikke redegjøre for disse teoriene i detalj her, men nøye meg med å peke på to konkurrerende hovedretninger som kan tenkes å ha influert på EMDs forståelse av selskaper etter EMK.<sup>76</sup> Den ene er den såkalte fiksjonsteorien, som

---

<sup>73</sup> Bratholm og Bruzelius (2009) s. 85.

<sup>74</sup> Trainor (1995) s. 2143 skriver at dette er ”highly relevant to determining the proper application of the right against self-incrimination to corporations”.

<sup>75</sup> Hallis (1930) xxxviii med henvisning til F. C. von Savigny, *Das System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840. Reuven og Sivan (2007) s. 153–185.

<sup>76</sup> En tredje hovedretning jeg ikke omtaler nærmere er den såkalte ”aggregate”-teorien. Den avviser at selskaper kan ha en distinkt person adskilt fra menneskene i selskapet, og er således vanskelig å forene med at selskaper som sådanne er rettighetssubjekter etter EMK.

ser selskapet som en adskilt og kunstig enhet "created by state law".<sup>77</sup> Vi gjenfinner fiksjonsteorien i måten vi gjerne definerer juridiske personer,<sup>78</sup> og i flere avgjørelser fra EU-domstolen. I *Daily Mail*-saken uttalte EU-domstolen at "unlike natural persons, companies are creatures of the law [...]. They exist only by virtue of the varying national legislation which determines their incorporation and functioning."<sup>79</sup> Den andre dominerende retningen er den såkalte "real entity"-teorien.<sup>80</sup> Den ser selskapers person som en reell og naturlig enhet.<sup>81</sup> Ifølge teorien blir ikke selskapet skapt av lov, loven anerkjenner simpelthen selskapets eksistens.<sup>82</sup> Enkelte "real entity"-teoretikere omtaler selskapet som "a living organism and a real person, with body and members and a will of its own".<sup>83</sup>

---

<sup>77</sup> Mayson, French & Ryan (2011) s. 152. Chief Justice Marshall i *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward*, 17 U.S. 518, 636 (1819) artikulerte teorien slik: "A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence." I enkelte fremstillinger sondres det mellom fiksjonsteorien, som vektlegger at selskapet er en kunstig ("artificial") enhet, og "concession"-teorien, som vektlegger at selskapet eksisterer "only in contemplation of law". Her forstås de to teoriene som to sider av samme mynt, slik også Phillips (1994) s. 1064.

<sup>78</sup> Phillips (1994) s. 1064 sikter til definisjonen "artificial legal person created by state law". I norsk rett er uttrykket juridisk person frarådet fordi det ikke er entydig, jf. NOU 1989: 11 s. 11, Andenæs, M. H. (2007) s. 60-61.

<sup>79</sup> *The Queen and H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC v. Commission* (1988) § 19. Synspunktet er senest opprettholdt av storkammeret i *Cartesio Oktató és Szolgáltató btv. v. Commission* (2008) §§ 104-107.

<sup>80</sup> Teorien tilskrives tyske Otto von Gierke (1841-1921). Den fikk fotfeste i USA på 1900-tallet.

<sup>81</sup> Phillips (1994) s. 1068.

<sup>82</sup> Phillips (1994) s. 1068.

<sup>83</sup> Se Mayson, French & Ryan (2011) s. 154.

## 2.3 EMDs tilnærming til selskapers vesen

Til forskjell fra andre internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som SP og Den amerikanske menneskerettighetskonvensjon (ACHR)<sup>84</sup>, er selskaper anerkjent som rettighetssubjekter etter EMK.<sup>85</sup> Etter EMK artikkel 34 kan "any non-governmental organisation [...] claiming to be the victim of a violation" klage til EMD.<sup>86</sup> Ordlyden omfatter selskaper. Selskaper er dermed klageberettiget etter konvensjonen.<sup>87</sup> Hvorvidt et selskap materielt er vernet, beror på en tolkning av den enkelte rettighetsbestemmelse. Tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 om eiendomsrett er den eneste bestemmelsen som eksplisitt nevner "legal person" som rettighetssubjekt. EMDs praksis viser at selskaper i tillegg har et vern etter rettssikkerhetsorienterte artikler som artikkel 8 (rett til respekt for "home", "correspondence"), 9 og 10 (rett til "freedom of speech"), samt flere av garantiene etter artikkel 6.<sup>88</sup> Selskaper har på den annen side intet vern etter de verdighetsorienterte artiklene 2, 3 og 5.<sup>89</sup>

EMD har ikke utviklet noen selskapsrettslig teori for EMK,<sup>90</sup> og domstolens begrunnelser er som regel for knappe til at de kaster særlig lys over bakenforliggende konseptuelle forklaringer.<sup>91</sup> I de følgende underpunktene vil jeg likevel undersøke om det er mulig å utlede noe fra EMDs praksis som kan kaste lys over domstolens tilnærming til selskaper.<sup>92</sup> Det er særlig praksis knyttet til EMK artikkel 34 og 41 som

---

<sup>84</sup> American Convention on Human Rights (ACHR) beskytter bare rettighetene til "persons" forstått som "every human being", jf. artikkel 1 (2). Cantos v. Argentina (2001) § 22 (IACtHR), Perozo v. Venezuela (2009) § 74 (IACtHR).

<sup>85</sup> van Kempen (2010) s. 359.

<sup>86</sup> EMK artikkel 34 taler om "any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation".

<sup>87</sup> Emberland (2003) s. 415.

<sup>88</sup> Pykar Yev Haghtanak Ltd. v. Armenia (2007) §§ 37, 50 (retten til rettergang), Garyfallou AEBE v. Greece (1997) § 36 (innen rimelig tid), MB & TMS AB v. Sweden (1995) (uavhengig og upartisk domstol), Klemeco Nord AB v. Sweden (2006) § 39 (retten til begrunnelse).

<sup>89</sup> Emberland (2006) s. 53-54.

<sup>90</sup> Emberland (2006) s. 66.

<sup>91</sup> Emberland (2006) s. 23-24.

<sup>92</sup> For en grundig analyse av disse spørsmål, se Emberland (2006).

kan gi enkelte holdepunkter her. Jeg vil derfor konsentrere meg om disse bestemmelsene.

### 2.3.1 Praksis knyttet til offerkravet etter EMK artikkel 34

EMK artikkel 34 slår fast at kun personer som er ”victim” for en påstått krenkelse har klagerett til konvensjonsorganene. For å oppfylle dette offerkravet må selskapet være “directly affected by the act or omission which is in issue”.<sup>93</sup> EMD ser i denne vurderingen selskapet som en klart adskilt enhet fra aksjeeiere,<sup>94</sup> personer i ledelsen<sup>95</sup> og andre selskaper innen samme konsern<sup>96</sup>. Bare helt unntaksvis, når effektivitetsprinsippet tilsier det, tillater EMD gjennomskjæring av selskapsformen. Det følger av *Agrotexim Hellas SA and Others*:

”[P]iercing of the ‘corporate veil’ or disregarding of a company’s legal personality will be justified only in *exceptional circumstances*, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators [mine kursiveringer]”.<sup>97</sup>

Dette unntaket for “exceptional circumstances” omfatter også situasjoner der aksjeeier ”in effect [carries] out his business through his company” og dermed har en ”direct personal interest in the subject-matter of the complaint”.<sup>98</sup> EMD ser hen til flere faktorer i denne vurderingen, blant annet om vedkommende er eneeier eller majoritetsaksjonær, og om vedkommende i tillegg er involvert i selskapet som

---

<sup>93</sup> *Eckle v. Germany* (1983) § 66, *Norris v. Ireland* (1988) § 31, *Groppera Radio AG and others v. Switzerland* (1990) § 47, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992) § 43.

<sup>94</sup> *Agrotexim Hellas SA and Others v. Greece* (1995) § 66, *TW Computeranimation GmbH and Others v. Austria* (2005), *Société Matrot SA et Autres c. France* (2000), *CDI Holding AG and Others v. Slovakia* (2001).

<sup>95</sup> *Farbers and Harlanova v. Lithuania* (2001).

<sup>96</sup> *Société Générale d’Investissement (SGI) and Others v. France* (1999).

<sup>97</sup> *Agrotexim Hellas SA and Others v. Greece* (1995) § 66 med henvisning til høyesterettspraksis i enkelte konvensjonsstater og den ledende ICJ-avgjørelsen *Barcelona Traction* §§ 56-58.

<sup>98</sup> *Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland* (1991) § 42, *GJ v. Luxembourg* (2000) § 24.

administrerende direktør.<sup>99</sup> EMD har identifisert selskapet med majoritetsaksjonær der vedkommende har hatt mer enn 90 prosent av aksjene i selskapet.<sup>100</sup>

Hva forteller så denne praksisen om EMDs tilnærming til selskapers vesen? Ifølge Emberland viser avgjørelsene at EMD har et nyansert syn på selskaper som en adskilt juridisk enhet.<sup>101</sup> At EMD i utgangspunktet respekterer selskapet som adskilt rettssubjekt, kan forklares med at subsidaritetsprinsippet og demokratiformålet står særlig sterkt på det økonomiske området.<sup>102</sup> EMD vil derfor respektere selskapskonstellasjonen som etablert i nasjonal lovgivning. At domstolen likevel, under særlige omstendigheter, skjærer gjennom selskapsformen, viser effektivitetsprinsippets gjennomslagskraft i konkrete saker.<sup>103</sup> EMD vil ikke respektere selskapsformen i tilfeller der det blir kunstig ("artificial") å skille mellom selskap og aksjonær.<sup>104</sup>

### 2.3.2 Praksis knyttet til EMK artikkel 41

Det hører som nevnt til sjeldenhetene at EMD utbroderer om bakenforliggende doktriner som kan forklare dens tolkningsresultater. Dommen *Comingersoll* fra 2001 representerer et unntak i så måte.<sup>105</sup> Ettersom avgjørelsen ble avsagt av storkammeret i dissens, er den egnet til å anskueliggjøre noe av bredden og dybden i EMDs tilnærming til selskapers vesen. Jeg vil derfor vie noe plass til den.

*Comingersoll* gjaldt spørsmålet om et selskap hadde krav på oppreisning for ikke-økonomisk skade etter artikkel 41, for krenkelse av artikkel 6 om rettergang innen rimelig tid. Slik erstatning er ment å kompensere "the anxiety, inconvenience and uncertainty caused by the violation, and other non-pecuniary loss".<sup>106</sup> Storkammeret

---

<sup>99</sup> For en detaljert gjennomgang av relevante faktorer, se Emberland (2006) s. 104-108.

<sup>100</sup> GJ v. Luxembourg (2000) § 24.

<sup>101</sup> Emberland (2006) s. 108

<sup>102</sup> Emberland (2006) s. 108

<sup>103</sup> Emberland (2006) s. 108

<sup>104</sup> Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland (1991).

<sup>105</sup> *Comingersoll S.A. v. Portugal* (2001).

<sup>106</sup> *Comingersoll S.A. v. Portugal* (2001) § 29, *Ernestina Zullo v. Italy* (2004) § 25.

kom enstemmig til at selskapet hadde krav på erstatning. I begrunnelsen delte dommerne seg 13-4. Flertallet på 13 dommere mente at man måtte se hen til:

”the company's reputation, uncertainty in decision-planning, disruption in the management of the company (for which there is no precise method of calculating the consequences) and lastly, albeit to a lesser degree, the anxiety and inconvenience caused to the members of the management team”.<sup>107</sup>

Dette er siden blitt stående som Comingersoll-doktrinen, og blir hyppig gjengitt av EMD.<sup>108</sup> Jeg kommer straks tilbake til den.

Mindretallet på fire dommere var enige i resultatet, men anså bekymring og besvær for ledelsen i selskapet som irrelevant for å tilkjenne selskapet erstatning. Judge Rozakis, som førte votumet i pennen, uttalte at selskapet:

”is an independent *living organism*, protected *as such* by the legal order of the State concerned, and whose rights also receive autonomous protection under the European Convention on Human Rights. It should not be forgotten that Article 34 of that Convention specifically refers to the right of non-governmental organisations to claim to be the victims of violations of the Convention and to seek protection, with all the legal consequences implicit in such a right, including the awarding of just satisfaction. Although I accept that a number of provisions of the Convention may be inapplicable to companies or other juristic persons (for example, Articles 2 and 3), the great majority of them apply directly to such persons as autonomous legal entities deserving the protection of the Convention. I do not see why, in matters of compensation, the Court should be obliged to *deviate, even partly, from such an approach* and why it should be prevented from accepting, without any reservation, implied or otherwise, that a company may suffer non-pecuniary damage, not because of the anxiety or uncertainty felt by its human components, but because, *as a legal person, in the society in which it operates, it has attributes, such as its own reputation, that may be impaired by acts or omissions of the State* [mine kursiveringer].”<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Comingersoll S.A. v. Portugal (2001) § 35

<sup>108</sup> Pekárny A. Cukrárny Klatovy A.S. v. The Czech Republic (2012) § 86, Meltex Ltd. and Mesrop Movsesyan v. Armenia (2008) § 105.

<sup>109</sup> Comingersoll S.A. v. Portugal (2001).

Det har vært antydning at uenigheten mellom flertallet og mindretallet beror på ulike teorier om "corporate personality".<sup>110</sup> Mindretallets begrunnelse synes klart å være basert på "real entity"-teorien.<sup>111</sup> Vi kjenner igjen Judge Rozakis formuleringer om selskapet som "an independent living organism" fra enkelte "real entity"-teoretikeres syn på selskapssubjektet.<sup>112</sup> At loven simpelthen anerkjenner selskapets eksistens, kan sies å være reflektert i mindretallets formulering om at selskapet er "protected *as such* by the legal order of the State concerned".<sup>113</sup> Judge Rozakis videre uttalelser om at selskapet "as a legal person [...] has attributes, such as its own reputation, that may be impaired by acts or omissions of the State", bærer også preg av det samme teoretiske ståstedet. Gierke fremhevet at selskapet ikke var en juridisk abstraksjon, men et sosialt og reelt faktum i samfunnet med særskilte kjennetegn som kunne påvirkes av statens handlinger eller unnlatelser.<sup>114</sup> Vi kan derfor legge til grunn at mindretallet forfektet et "real entity"-syn på selskapers vesen.

Det neste spørsmålet er om flertallet avvek fra denne teorien - og i tilfelle om flertallet inntok et annet teoretisk utgangspunkt. Jeg ser først på hva som kan utledes av de fire momentene flertallet vektla.

Tre av disse momentene gjaldt tap av selskapets omdømme, usikkerhet i planleggingen og forstyrrelser for ledelsen i selskapet. Dette er tap eller ulemper som kan sies å tilkomme selskapet som sådan, og som også ble vektlagt av mindretallet. Som tidligere nevnt forutsetter dette trolig at selskapet ses som en reell enhet. En abstraksjon eller fiksjon kan vanskelig lide et omdømmetap all den tid omdømme utgjør en målbar sosial og økonomisk verdi. Disse tre momentene tilsier altså at flertallet ikke avvek fra et "real entity"-syn på selskapet.

Det fjerde moment var bekymringer og besvær skapt hos fysiske personer i selskapets ledelse. Dette momentet synes vanskelig å forene med det klare skillet mellom

---

<sup>110</sup> Emberland (2006) s. 65.

<sup>111</sup> Emberland (2003) s. 430.

<sup>112</sup> Se Mayson, French og Ryan (2011) s. 154.

<sup>113</sup> Se Hallis (1930) s. 140 og 150 med omtale av Gierkes teori.

<sup>114</sup> Se Hallis (1930) s. 150 med omtale av Gierkes teori.

selskapsenheten på den ene siden og aksjonærer eller personer i ledelsen på den andre, slik EMD har fastholdt i sin praksis om EMK artikkel 34. I tråd med den praksisen er selskapet og de fysiske personene i selskapet to adskilte subjekter. Krenkelser overfor den ene kan normalt ikke påberopes av den andre. Vektleggingen av ledelsens bekymringer og besvær kan heller ikke forstås som et tilfelle av gjennomskjæring av ”the corporate veil”, ettersom selskapsformen nettopp ble opprettholdt – for ikke å si tilført mer substans.

En tredje måte å tolke momentet på, henter inspirasjon fra engelsk rett.<sup>115</sup> I erstatningsrettslige og strafferettslige avgjørelser har engelske domstoler utviklet en såkalt identifikasjonsdoktrine, som lar handlinger, kunnskap og skyld hos ”the directing mind and will of the company” tilordnes selskapet.<sup>116</sup> Lord Justice Denning har begrunnet doktrinen slik:

”A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such.”<sup>117</sup>

Det kan ikke utelukkes at flertallet lot seg inspirere av denne innarbeidede doktrinen for identifikasjon, sett hen til det komparative tolkningsprinsipp. Men det blir raskt spekulativt å påstå at så var tilfelle. Vektleggingen av ledelsens bekymringer og besvær kan like fullt forstås som at flertallet foretok en form for transformativ identifikasjon<sup>118</sup> mellom selskapet og fysiske personer i ledelsen. Med transformativ identifikasjon menes at et eller flere fysiske rettssubjekt med sine kapasiteter plasseres inn i

---

<sup>115</sup> MacCulloch (2006) s. 234-235 skriver at denne debatten om ”corporate crime” kan være en ”important starting point” for enhver undersøkelse av linken mellom selskapet og fysiske personer i selskapet for såvidt gjelder selvinkrimineringsvernet.

<sup>116</sup> Mayson, French og Ryan (2011) s. 649. Se for så vidt Høivik (2005) s. 118.

<sup>117</sup> H L Bolton (Engineering) Co Ltd v. T J Graham and Sons Ltd. (1957) 1 QB 159, s. 172.

<sup>118</sup> Jacobsen (2009) s. 64-65.



konstruksjonen av selskapet som rettssubjekt, til forskjell fra annen identifikasjon som befatter seg med relasjonene mellom rettssubjektene.<sup>119</sup> Selskapet tilordnes altså fysiske personers subjektivitet, eksempelvis evnen til å føle bekymring eller besvær, som om disse kapasiteter var selskapets egne. Presiseringen om at dette skjedde ”to a lesser degree” tilsier imidlertid at den tilordnede subjektiviteten likevel bare er av begrenset betydning.

Om dette et stykke på vei besvarer hva flertallet gjorde, er det fortsatt åpent hvorfor flertallet fant det nødvendig å identifisere selskapet med ledelsen på den måten. En mulig forklaring er at flertallet mente selskapets vesen som sådant ikke var i stand til å lide et ikke-økonomisk tap, som var det selskapet krevde etter artikkel 41, og derfor måtte suppleres av en menneskelig tilleggsfaktor som ikke hørte selskapet til. Pieth and Ivory argumenterer for at en slik transformativ identifikasjon springer ut av fiksjonsteorien, fordi selskapet i henhold til denne teorien bare kan handle gjennom sine fysiske representanter og ikke har noen egen vilje.<sup>120</sup> Dette synspunktet er imidlertid vanskelig å forene med tradisjonelle utlegninger om fiksjonsteorien, hvor det heter at selskapet som fiksjon ikke kan tilordnes noen vilje eller bevissthet fra sine fysiske representanter.<sup>121</sup> Jönsson skriver at for at selskapet skal kunne ”skänkas” en subjektivitet fra sine fysiske representanter, ”måste den vara något mer än en juridisk abstraksjon”.<sup>122</sup> Han mener transformativ identifikasjon fordrer et organisk ”real entity”-syn på selskaper.<sup>123</sup> Det er etter mitt syn mest nærliggende å forstå Comingersoll-doktrinen på denne måten, som uttrykk for ”real entity”-teori.<sup>124</sup>

At doktrinen samtidig kan tas til inntekt for fiksjonsteori, er imidlertid en konstatering som bringer oss til kjernen av kritikken som har vært reist mot selskapsrettslige teorier. Filosofen John Dewey sa i sin tid at tilsynelatende uforenelige teorier om ”corporate personality” kunne tjene til å støtte samme type argumenter, samtidig som en og samme

---

<sup>119</sup> Jacobsen (2009) s. 64-65.

<sup>120</sup> Pieth M. and R. Ivory (2011) s. 6 og 49.

<sup>121</sup> Se Hallis (1930) s. 8 med oversikt over Sauvignys teori.

<sup>122</sup> Jönsson (2004) s. 152.

<sup>123</sup> Jönsson (2004) s. 152.

<sup>124</sup> Se i denne retning Emberland (2003) s. 430.

teori kunne brukes både for og i mot et og samme argument.<sup>125</sup> Det er derfor verdt å understreke at man ikke må overdrive teoriens betydning eller potensial som analyseverktøy.<sup>126</sup> At Comingersoll-flertallet – i likhet med mindretallet – synes å plassere seg innenfor en etablert ”real entity”-tradisjon,<sup>127</sup> supplert av en transformativ identifikasjonsmodell, behøver ikke bety mer enn at EMD ser hen til tap som selskapet lider i kraft av seg selv, og til konsekvenser for personer i selskapets ledelse som ikke ellers ville blitt kompensert om ikke selskapet som sådant ble tilkjent erstatning. Dette kan også formuleres som et utslag av tolkningsprinsippet om effektive rettigheter.

Samtidig er det heller ingen grunn til å undervurdere påvirkningskraften i selskapsrettslige konstruksjoner eller paradigmer.<sup>128</sup> De kan bidra til å forklare hvorfor praksis har en tendens til å vippe i en bestemt retning.<sup>129</sup> ”Real entity”-paradigmet kan dermed forklare hvorfor EMDs avgjørelser synes å vippe i favør av selskaper som rettighetssubjekter etter EMK – også etter delvis verdighetsorienterte bestemmelser som artikkel 41.

### 2.3.3 Oppsummering

Det er mye som tyder på at EMD har utviklet en relativt autonom forståelse av hva selskaper er. Denne forståelsen er trolig forankret i et syn på selskaper som reelle og ikke kunstige enheter. Samtidig er den antakelig et utslag av domstolens særegne tolkningsstil. Effektivitetsprinsippet innebærer at EMD ikke vil legge avgjørende vekt på skillet mellom selskapet som sådant og de fysiske personene i ledelsen av selskapet, dersom handlinger rettet mot selskapet direkte påvirker menneskene bak. Effektivitetsprinsippet tilsier videre at domstolen tidvis tilordner selskapet bekymringer og besvær hos personer i ledelsen, som om slike følelser tilkom selskapet selv. Samtidig

---

<sup>125</sup> Dewey (1926) s. 669, Wells (1993) s. 92.

<sup>126</sup> Mayson, French og Ryan (2011) s. 159.

<sup>127</sup> Emberland (2003) s. 430.

<sup>128</sup> Horwitz (1985) s. 173, Hager (1988) s. 576-577.

<sup>129</sup> Horwitz (1985) s. 173, Hager (1988) s. 576-577.

er det verdt å understreke at EMD i sin praksis langt på vei respekterer selskapskonstellasjonen.<sup>130</sup>

Det er liten grunn til å tro at synet på selskapers vesen vil endre seg etter hvorvidt den aktuelle rettigheten gjelder oppreisning eller vern mot selvinkriminering. Jeg legger derfor til grunn at EMD vil ha en tilsvarende tilnærming til selskaper i saker om selvinkrimineringsvern etter EMK artikkel 6.

## 2.4 Noen ord om Rt. 2011 s. 800

Hvordan samsvarer Høyesteretts syn på de ankende selskaper i Rt. 2011 s. 800 med den forståelsen av selskaper som jeg har forsøkt å utlede fra EMDs praksis? Norske domstoler skal som nevnt anvende EMDs metode i tolkningen av konvensjonen. Høyesterett slår i avgjørelsen tidlig fast at et ”selskap som sådan ikke har noen vilje”. Synspunktet har bred støtte i norske forarbeider<sup>131</sup> og juridisk litteratur<sup>132</sup> om foretaksstraff. Avvisningen av selskapers vilje kan vitne om en fiksjonsteoretisk tilnærming til selskaper. Senere uttalelser i avgjørelsen nyanserer dette inntrykket. Førstvoterende uttaler:

”[S]elv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om en gradsforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering. Selskapsrepresentantene vil i mange tilfelle kunne være i en tvangssituasjon som gjør det naturlig å identifisere dem med selskapet.”<sup>133</sup>

Førstvoterende tar altså til orde for å identifisere selskapsrepresentanter med selskapet. Man kan spørre hvordan selskapsrepresentanters opplevelse av tvang kan vedkomme selskapet på en slik måte at selskapet gis et vern mot å inkriminere seg selv. Et mulig

---

<sup>130</sup> Emberland (2006) s. 119.

<sup>131</sup> Ot.prp. nr.27 (1990-1991) s. 14, NOU 1989: 11 s. 9.

<sup>132</sup> Eskeland (2006) s. 350 skriver at ”[e]t foretak har verken bevissthet eller evne til selv å handle.”

Andenæs (2004) s. 276 skriver at ”[d]en juridiske personens vilje og handlinger er naturligvis ikke noe annet enn de personers vilje og handlinger som opptrer på dens vegne.”

<sup>133</sup> Rt. 2011 s. 800 (42).

svar er at Høyesterett, i likhet med EMD, legger til grunn at effektivitetsprinsippet kan tilsi at fysiske personers vilje tilordnes selskapet gjennom en form for transformativ identifikasjon. Som vi har sett, kan dette følge av et syn på selskaper som reelle enheter, men det behøver ikke gjøre det.<sup>134</sup> Førstvoterende viser videre til at et av hensynene bak foretaksstraff ”nettopp [er] å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet, jf. Ot.prp.nr. 27 (1990-1991) side 6”.<sup>135</sup> Henvisningen kan forstås som en ytterligere understrekning av den nære forbindelsen mellom et selskap og dets ledelse.<sup>136</sup> I sum vitner argumentasjonen om en tilnærming til selskapers vesen som kan formodes å være i samsvar med EMDs praksis.

---

<sup>134</sup> Jönsson (2004) s. 152.

<sup>135</sup> Rt. 2011 s. 800 (42).

<sup>136</sup> Hvorvidt skyld hos bedriftsledelsen er et vilkår for å idømme foretaksstraff etter straffeloven § 48a diskuteres i juridisk teori, se Axelsen (2009) s. 204, Eskeland (2006) s. 355 og Bratholm og Matningsdal s. 400. Spørsmålet må anses avklart i Rt. 2007 s. 1684. Av avgjørelsen følger at foretaksansvaret ikke er betinget av at ledelsen har utvist skyld, men at uaktsomhet i ledelsen er et moment i vurderingen av om den straffbare handlingen er utført ”på vegne av” selskapet. Foretaksstraffen bygger altså på en vikarierende ansvarsmodell, i kontrast til den omtalte identifikasjonsdoktrinen etter engelsk rett, se Jönsson (2004) s. 142-152. Det legislative hensynet om å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet, synes å stå i en mellomstilling mellom disse to modellene. Axelsen (2009) s. 204 spør om ikke hensynet tyder på at lovgiver har ment at det må kreves at ledelsen har utvist skyld.

## DEL II – HENSYN OG ANVENDELSESOMRÅDE

### 3 Tilsier hensynene et mer begrenset vern for selskaper?

#### 3.1 Innledning og bakgrunn

EMD vektlegger rettighetens natur eller den rettsfilosofiske begrunnelsen ved fastleggelsen av en rettighets rekkevidde.<sup>137</sup> I avgrensningen av hvor langt selvinkrimineringsvernet rekker for selskaper, vil dermed vernets begrunnelse være et sentralt tolkningsmoment.<sup>138</sup> Selvinkrimineringsvernet ivaretar en rekke ulike hensyn.<sup>139</sup> Fremstillingen her tar utgangspunkt i den systematikken EMD selv anvender. I *Saunders* heter det:

“The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention (art. 6), the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised

---

<sup>137</sup> Se f. eks. *X v. Iceland* (1976). Emberland (2006) s. 116.

<sup>138</sup> NOU 2003: 12 s. 186.

<sup>139</sup> Den amerikanske føderale høyesterettsdommeren Justice Goldberg har i *Murphy v. Waterfront Comm'n* - 378 U.S. 52 (1964) p. 55, med referanse til Wigmore, listet opp syv hensyn bak selvinkrimineringsvernet: “It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial, rather than an inquisitorial, system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses; our sense of fair play which dictates “a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load,”; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual “to a private enclave where he may lead a private life,”; our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege, while sometimes “a shelter to the guilty,” is often “a protection to the innocent.”

international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (art. 6) (see the above-mentioned John Murray judgment, p. 49, para. 45, and the above-mentioned Funke judgment, p. 22, para. 44). The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).”<sup>140</sup>

Denne begrunnelsen kan deles inn i to hovedgrupper av hensyn. Den ene gruppen kan betegnes som et verdighetsrasjonale.<sup>141</sup> Den andre gruppen kan betegnes som et prosessorientert rasjonale, hvoretter vernet mot selvinkriminering effektiviserer andre grunnleggende rettigheter i kravet til rettferdig rettergang.<sup>142</sup>

Disse to hovedgruppene, dels individualistiske verdighetshensyn og dels kollektivistiske rettssikkerhetshensyn, gjenspeiler to konkurrerende historiske forklaringer på selvinkrimineringsvernets opprinnelse.<sup>143</sup> Den tradisjonelle forklaringen er at selvinkrimineringsvernet oppstod som en reaksjon på ex officio-eden i de inkvisitoriske kirkelige domstoler i 1600-tallets England og bruk av tortur.<sup>144</sup> Forkjemperne for vernet skal ha anført hensynet til verdighet og integritet, og argumentert med den romerrettslige maksimen *nemo tenetur prodere seipsum* (ingen er forpliktet til å anklage seg selv).<sup>145</sup> Avskaffelsen av ex officio-eden i 1641 og av forbudet mot tortur i England i samme periode, er tatt til inntekt for at vernet var alminnelig etablert i England mot

---

<sup>140</sup> Saunders v. UK (1996) § 68.

<sup>141</sup> Jackson (2009) s. 842, McGrath (2005) s. 623, Dennis (1995) s. 342, 348.

<sup>142</sup> Jackson (2009) s. 842, McGrath (2005) s. 623, og Dennis (1995) s. 342, 348.

<sup>143</sup> Dette er nødvendigvis en forenkling. For å låne Judge Frankfurters ord i Ullmann v. United States (1956) 350 U.S. 422: "[T]he privilege against self-incrimination is a specific provision of which it is peculiarly true that 'a page of history is worth a volume of logic.'"

<sup>144</sup> Wigmore (1961) s. 267 fl., Levy (1968) s. 325, Trainor (1995) s. 2144. Den inkvisitoriske ex officio-eden innebar at anklagede måtte sverge å svare på ethvert spørsmål dommeren måtte spørre om.

<sup>145</sup> Helmholtz (1990) s. 989.

slutten av 1600-tallet.<sup>146</sup> En alternativ prosessbasert forklaring er at vernet først ble etablert som ledd i kampen for partsprosess i straffesaker mot slutten av 1700-tallet og begynnelsen av 1800-tallet i England.<sup>147</sup> Før den tid hadde tiltalte ikke rett på en prosederende advokat, og forholdt han seg taus ville han i praksis frasi seg sin mulighet til forsvar.<sup>148</sup> Rettshistorikere hevder derfor at selvinkrimineringsvernet ikke ble reelt og effektivt før tiltalte fikk rett på forsvarer, samt fordelen av et høyt beviskrav med bevisbyrde for anklagende myndighet.<sup>149</sup> Den tradisjonelle antakelsen om at fremveksten av selvinkrimineringsvernet i England ledet til avskaffelsen av tortur, avvises som et vilkårlig sammentreff.<sup>150</sup>

Selvinkrimineringsvernet kan altså ses som sprunget ut av en kamp for verdighet eller en kamp for en mer rettssikker prosess. Hvilken av disse forklaringene man betoner, kan ha betydning for vurderingen av hvilke hensyn som er relevante, og hvordan ulike hensyn avveies mot hverandre.<sup>151</sup>

### 3.2 Verdighetshensyn

EMD har uttalt i en rekke avgjørelser at vernet mot selvinkriminering ”is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent”.<sup>152</sup> Ifølge Judge Martens i *Saunders* ligger respekten for viljen svært tett opptil hensynet til ”human dignity and autonomy”.<sup>153</sup> Slik blir EMDs viljesorienterte begrunnelse også

---

<sup>146</sup> Wigmore skrev at “it is highly significant that the last recorded instances of torture [...] and the first instances of the established privilege [...] coincide within about a decade”.

<sup>147</sup> Langbein (1994) s. 1084, Helmholz m.fl, Strandbakken (2002) s. 195.

<sup>148</sup> Langbein (1994) s. 1071, O’Boyle (2000) s. 1021.

<sup>149</sup> Langbein (1994) s. 1084 kaller selvinkrimineringsvernet ”an artifact of the adversary system of criminal procedure”. Se også O’Boyle (2001) s. 1021.

<sup>150</sup> Langbein (2006) s. 136 viser blant annet til at bruken av tortur var på vei nedover allerede fra 1570-tallet, uavhengig av motstanden mot ex officio-edem.

<sup>151</sup> Trainor (1995) s. 2141-2142, Helmholz (1990) s. 990.

<sup>152</sup> *Allan v. UK* (2002) § 44, *Heaney and McGuinness v. Ireland* (2000) § 40, *Weh v. Austria* (2004) § 40, *Jalloh v. Germany* (2006) § 100.

<sup>153</sup> *Saunders v. UK* (1996), Judge Martens dissensvotum.

tolket i juridisk litteratur.<sup>154</sup> At selvinkrimineringsvernet ”primarily” er begrunnet på denne måten, kan tyde på at domstolen legger mest vekt på verdighetsorienterte hensyn i tolkningen av vernet.<sup>155</sup>

Verdighet er en grunnleggende konvensjonsverdi, slik EMD tolker konvensjonen.<sup>156</sup> Dets nærmere innhold er imidlertid omdiskutert. I vid forstand innbefatter verdighet respekt for den enkeltes autonomi og rett til ikke å bli redusert som menneske.<sup>157</sup> Det er i en slik forstand verdighet forstås i denne avhandlingen. Det er vanlig å anta at selvinkrimineringsvernet ivaretar menneskelig verdighet i to henseender. For det første skal det verne anklagede mot dilemmaet mellom å måtte lyve eller påføre seg selv straff og offentlig fordømmelse. Dette moralske dilemmaet fremheves gjerne som en hovedbegrunnelse for vernet.<sup>158</sup> I Kommisjonens rapport i *Saunders* ble det i en dissens uttalt at det moralske dilemmaet ”is the main reason why a fair process should include the right not to incriminate oneself”.<sup>159</sup> For det andre er vernet ment å beskytte privatlivet.<sup>160</sup> Man antar at selvinkrimineringsvernet verner privatlivet, som igjen verner verdigheten og identiteten til individet.<sup>161</sup> Privatlivet forstås i snever forstand. Vernet gjelder kun informasjon som befinner seg innenfor individets selverkjennelse og bevissthet - ”in the mind of the accused”.<sup>162</sup>

---

<sup>154</sup> Andreangeli (2008) s. 126, Øyen (2011) s. 123.

<sup>155</sup> Andreangeli (2008) s. 126.

<sup>156</sup> Frowein (2002) s. 124. Konvensjonens fortale nevner ikke ”dignity”, til forskjell fra blant annet FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (UDHR) og SP.

<sup>157</sup> Chaskalson (2002) s. 134, Øyen (2010) s. 155.

<sup>158</sup> I Rt. 1993 s. 202 (på s. 207-208) fremholdt Høyesteretts kjæremålsutvalg at ”nektelsesretten er særlig begrunnet i at en siktet ikke skal ha plikt til å angi seg selv eller komme i det dilemma at han må lyve for å unngå dette [min kursivering].” Dennis (1995) s. 359, Øyen (2010) s. 115. Se *Murphy v. Waterfront Comm'n* - 378 U.S. 52 (1964) s. 55 (Goldberg J).

<sup>159</sup> *Saunders v. UK* (1994).

<sup>160</sup> Dennis (1995) s. 356, se Arenella (1982-1983) s. 41 som skriver at ”focus on invasions of mental privacy accurately reflects the core value underlying the privilege’s historical development”.

<sup>161</sup> Galligan (1988) s. 88, Stub (2011) s. 160. Se NOU 2009: 1 s. 38.

<sup>162</sup> MacCulloch (2006) s. 216-217, Arenella (1982-1983) s. 41 skriver at “mental privacy [is] the core value underlying the privilege’s historical development”.



Selskaper forstått som kunstige enheter eller juridiske abstraksjoner har åpenbart ikke menneskelig verdighet.<sup>163</sup> Verdighet er inngående forbundet med åndsevnene til en fysisk person.<sup>164</sup> I Rt. 2011 s. 800 fremholder førstvoterende at EMDs formuleringer om respekten for viljen kan ”trekke i retning av at vernet tar sikte på fysiske, ikke juridiske personer”, siden ”et selskap som sådan ikke har noen vilje”.<sup>165</sup> Øyen skriver at ”[i] den grad juridiske personer skal nyte et vern mot selvinkriminering, må vernet forankres i andre hensyn” enn hensynet til verdighet.<sup>166</sup>

Kapittel 2 har imidlertid vist at EMD etter omstendighetene vil se selskapet i nær sammenheng med fysiske personer i ledelsen eller på eiersiden. Det må derfor undersøkes om selskaper kan avlede et krav på verdighet, ”to the extent that they ultimately stem from human activity.”<sup>167</sup>

EMD har ikke avvist at juridiske personer kan ha et beskyttelsesverdig privatliv etter EMK artikkel 8. I *Association for European Integration and Human Rights* uttalte domstolen at ”it may be open to doubt whether, being such a [legal] person, it can have a ‘private life’ within the meaning of that provision”.<sup>168</sup> Det er noe uklart om domstolen her siktet til at juridiske personer kan ha et ”eget” privatliv eller et avledet privatliv. I *Niemietz* har EMD kommet til at ”private life” kan omfatte visse forretningsaktiviteter for individer.<sup>169</sup> Privatlivsbegrepet etter EMK artikkel 8 favner vidt,<sup>170</sup> langt videre enn

---

<sup>163</sup> Øyen (2010) s. 358.

<sup>164</sup> Emberland (2006) s. 39: ”Given the impersonal character of the company, the inclusion of corporate entities in the Convention system will enjoy little direct support on the basis of the value of individual dignity.”

<sup>165</sup> Rt. 2011 s. 800 (41).

<sup>166</sup> Øyen (2010) s. 118 med videre henvisninger.

<sup>167</sup> Emberland (2006) s. 39 med videre henvisninger.

<sup>168</sup> *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria* (2007) § 60.

<sup>169</sup> *Niemietz v Germany* (1992) § 29.

<sup>170</sup> Harris and others (2011) s. 364.

den snevre ”privacy”-begrunnelsen for selvinkrimineringsvernet.<sup>171</sup> EMDs tilnærming til privatlivsbegrepet i artikkel 8-saker, trekker likevel i retning av at selskaper kan avlede en beskyttelsesverdig interesse fra sine representanter der et pålegg om selvinkriminering griper inn i sistnevntes privatlivsinteresser. Det taler igjen for at et selskap, hvis representanter settes i et moralsk dilemma som selvinkrimineringsvernet er ment å beskytte mot, skal kunne avlede et vern fra disse personene. Dette skulle især være aktuelt der det er tale om veldig små selskaper, som er nært knyttet til individene som driver det.<sup>172</sup>

Mot slike betraktninger om avledet verdighet, kan det anføres at selvinkrimineringsvernet er et personlig vern.<sup>173</sup> Dette har minst to implikasjoner. For det første at så lenge bare selskapet risikerer straff, kan ikke individet tvinges til å velge mellom løgn eller *selvinkriminering*. For det andre kan selvinkrimineringsvernet ellers ikke påberopes på vegne av tredjeperson.<sup>174</sup> Det kan synes vanskelig å forsvare hvorfor selskaper skulle kunne avlede verdighet fra fysiske personer, når selvinkrimineringsvernet ikke ’smitter over’ på familie og venner der de er tvunget til å vitne mot en nærstående som risikerer straff.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Galligan (1988) s. 88-89.

<sup>172</sup> MacCulloch (2006) s. 234-235. Han avviser imidlertid argumentet: “But even in those cases, the link between the company’s ‘personality’ and the issues raised in support of the privacy argument are difficult to support.”

<sup>173</sup> I amerikansk rett tolkes prinsippet om at selvinkrimineringsvernet er personlig, dit hen at vernet ikke kan påberopes av et vitne for å beskytte en tredjeperson fra straff, uansett om denne tredjepersonen er en fysisk eller juridisk person, og uansett om vitnet skulle være en representant for tredjepersonen. Se *Hale v. Henkel* (1906) 201 U.S. 43.

<sup>174</sup> Straffeprosessloven § 122, som fritar nærstående fra vitneplikt, er selvstendig begrunnet utenom selvinkrimineringsvernet.

<sup>175</sup> I *Van Der Heijden v. The Netherlands* (2012) kom storkammerets flertall (10 mot 7) til at en småbarnsmor ikke kunne nekte å vitne i drapssak mot sin samboer gjennom 18 år, som også var far til hennes barn. Etter nederlandsk lov gis vitnefritak kun til gifte, og ikke samboende, personer. Klager ble fengslet i 13 dager for å ha nektet å vitne. Tvangsmiddelet var ifølge storkammeret et proporsjonalt og dermed konvensjonsmessig inngrep i klagers rett til familieliv etter EMK artikkel 8. EMK artikkel 6 ble ikke vurdert.

Jeg legger dermed til grunn at verdighetshensynet i utgangspunktet ikke gjør seg gjeldende for selskaper. En slik delvis formålsforfeiling tilsier et mer begrenset vern for selskaper sammenlignet med fysiske personer.<sup>176</sup>

### 3.3 Rettssikkerhetshensyn

Den andre hovedgruppen av hensyn knytter seg til ”rule of law”-orienterte hensyn, eller rettssikkerhetshensyn. I Rt. 2011 s. 800 uttaler førstvoterende at ”generelle rettssikkerhetshensyn” er et ”sterkt argument” for at også juridiske personer er beskyttet.<sup>177</sup> Av sammenhengen fremgår det at førstvoterende med dette sikter til å unngå rettsfornektelser og å oppnå formålene bak artikkel 6, samt til den nære forbindelsen med uskyldspresumsjonen.<sup>178</sup> Jeg vil gå nærmere inn på hvert av disse hensynene i det følgende.

#### 3.3.1 Behovet for å unngå rettsfornektelse

Selvinkrimineringsvernet er ment å bidra til færre rettsfornektelser. I *Saunders* uttaler EMD at selvinkrimineringsvernets rasjonale ligger i å beskytte individer mot utilbørlig tvang fra myndighetene, ”thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice”.<sup>179</sup> Det er imidlertid omstridt om vernet faktisk beskytter uskyldige. Bentham mente uskyldige var “the only persons to whom it could never be useful”, fordi ”innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence”.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> MacCulloch (2006) s. 234 skriver at ved å gi vernet anvendelse på selskaper, ”that important link to personal privacy and an individual’s autonomy is strained, if not lost entirely”.

<sup>177</sup> Rt. 2011 s. 800.

<sup>178</sup> Rt. 2011 s. 800 (40 – 42), se *Saunders v. UK* (1996) § 68, Gäfgen (2010).

<sup>179</sup> *Saunders v. UK* (1996) § 68. Øyen (2010) s. 358, s. 123-124 fremhever beskyttelse av uskyldige mistenkte mot selvinkriminering på et uriktig grunnlag som et av to tungveieende argumenter for et vern mot selvinkriminering, ved siden av hensynet til en verdig behandling av anklagede.

<sup>180</sup> Bentham (1825) s. 241.

På et spillteoretisk grunnlag er det hevdet at selvinkrimineringsvernet bidrar til færre rettsfornektelser.<sup>181</sup> Tesen er, grovt forenklet, at flere skyldige vil se seg tjent med taushet i stedet for løgn, mens uskyldige vil forklare seg, med det resultat at risikoen for å sammenblande den uskyldiges sannferdighet med den skyldiges løgn minimeres. Det kan spørres hvor realistisk denne tesen er.<sup>182</sup> Den forutsetter rasjonelle aktører, og ser bort fra at også uskyldige under avhørspress kan vikle seg inn i selvmotsignede forklaringer. I tillegg tar den ikke høyde for den indirekte tvangen som likevel ligger i at anklagedes taushet kan vektes negativt, der omstendighetene avkrever en forklaring.<sup>183</sup>

I den utstrekning selvinkrimineringsvernet minimerer risikoen for rettsfornektelse, blir spørsmålet for denne avhandlingen om og i hvilken grad dette hensynet slår til for selskaper. Høyesterett synes i Rt. 2011 s. 800 å mene at hensynet i stor grad gjør seg gjeldende for selskaper.<sup>184</sup> MacCulloch skriver at spillteori-perspektivet “suggests that the privilege may well have useful benefits for any system – regardless of the legal nature of the subject of the investigation”.<sup>185</sup> Øyen er av motsatt oppfatning. Han skriver at behovet for å beskytte anklagede mot selvinkriminering på et uriktig grunnlag ”neppe [er] like sterkt i relasjon til juridiske personer.”<sup>186</sup> Han forklarer det med at den fysiske personen som skal forklare seg eller etterkomme et utleveringspålegg ikke er anklaget personlig, og ”gjennom en viss distanse til saken normalt [vil] være mindre påvirkelig.”<sup>187</sup> Etter mitt syn er det vanskelig å si noe på generelt grunnlag om hvordan selskapsrepresentanter vil måtte ventes å oppføre seg i avhør.

---

<sup>181</sup> Torgersen (2008) s. 198, Seidmann, Stein (2000) s. 430, MacCulloch (2006) s. 221.

<sup>182</sup> Torgersen (2008) s. 198.

<sup>183</sup> John Murray v. UK (1996), Dennis (1995) s. 353 antar at selvinkrimineringsvernet “is probably ineffective to prevent compelled false incrimination of innocent suspects”.

<sup>184</sup> Rt. 2011 s. 800.

<sup>185</sup> MacCulloch (2006) s. 235.

<sup>186</sup> Øyen (2010) s. 358.

<sup>187</sup> Øyen (2010) s. 358.

Noe annet er at det moralske stigmaet som hefter ved en straffeavgjørelse kan tenkes sterkere for en fysisk person enn et selskap, slik at konsekvensene av uriktige avgjørelser overfor selskaper på et slikt plan blir mindre alvorlige. Forvaltningssanksjoner ilegges gjerne utenfor domstolsapparatet, og selskaper vil ofte se seg tjent med at så skjer i det stille. Dermed får det moralske stigmaet mindre realitet.<sup>188</sup> På den annen side er det lett å overdrive ”de moralske konsekvenser av juridiske rubriseringer”.<sup>189</sup> I mange tilfeller er det ikke straffen, men den underliggende handlingen som stigmatiserer.<sup>190</sup> Jeg legger derfor begrenset vekt på dette momentet.

På et overordnet plan må det uansett være klart at rettsfornektelser, om de så skjer på fysiske eller juridiske personers bekostning, er et onde vi ønsker å unngå. Jeg konkluderer derfor med at hensynet til å unngå rettsfornektelse gjør seg gjeldende i samme grad for selskaper, og at dette hensynet isolert sett ikke kan tilsi noen begrensninger av selskapers vern.

### 3.3.2 Oppnåelse av målene etter artikkel 6

EMDs storkammer gjentar i *Gäfgen* at rasjonalet for selvinkrimineringsvernet blant annet ligger i “the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to [...] the fulfilment of the aims of Article 6.”<sup>191</sup> En måte å forstå uttalelsen på, er at vernet mot utilbørlig tvang bidrar til å effektivisere hensynene bak de øvrige rettssikkerhetsgarantiene i kravet til ”fair” rettergang.<sup>192</sup> Slik forstått har hensynet imidlertid ikke preg av en selvstendig begrunnelse for selvinkrimineringsvernet. Ifølge Dennis kan selvinkrimineringsvernet ses som en ”functional necessity” for ivaretagelsen av de øvrige prinsippene knyttet til ”fair

---

<sup>188</sup> Stub (2011) s. 349.

<sup>189</sup> Stub (2011) s. 348.

<sup>190</sup> Stub (2011) s. 348-349.

<sup>191</sup> *Gäfgen v. Germany* (2010) § 168, *Saunders v. UK* (1996) § 68, *Murray v. UK* (1996) § 45.

<sup>192</sup> Jackson (2009) s. 846.

trial”.<sup>193</sup> Det kan tilsi at hensynet har begrenset betydning for avgrensningen av et vern for selskaper.

På den annen side har EMD angitt at selvinkrimineringsvernet ”lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6”.<sup>194</sup> Det tilsier at vernet fullt ut er begrunnet som en selvstendig prosessuell rettssikkerhetsgaranti, og at oppnåelse av de allmenne formålene bak artikkel 6 derved utgjør et fullgodt rasjonale for vernet. Ettersom EMD har gitt flere av de øvrige garantiene etter artikkel 6 anvendelse på selskaper,<sup>195</sup> skulle det tilsi at selskaper i utgangspunktet ikke har et mer begrenset vern enn individer.<sup>196</sup>

### 3.3.3 Nærheten til uskyldspresumsjonen

En av disse garantiene er uskyldspresumsjonen. I *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic* la EMD til grunn at selskaper er vernet av uskyldspresumsjonen.<sup>197</sup> EMD har en rekke ganger fremhevet den nære forbindelsen (”close link”) mellom uskyldspresumsjonen og selvinkrimineringsvernet.<sup>198</sup> Ifølge førstvoterende i Rt. 2011 s. 800 taler dette for at selskaper har et vern mot selvinkriminering. Men kan man egentlig slutte noe fra uskyldspresumsjonens anvendelsesområde til vernet mot selvinkriminering?

For å fastslå det, må det først undersøkes hva EMD legger i at de to garantiene er ”closely linked”. Av *Saunders* fremgår det at selvinkrimineringsvernet ”presupposes” at myndighetene i en straffesak må oppfylle sin bevisbyrde ved hjelp av selvstendige bevis.<sup>199</sup> Uskyldspresumsjonen etter EMK artikkel 6 nr. 2 innebærer som kjent et bevisbyrdekrav for anklagende myndighet.<sup>200</sup> ”In this sense” er vernet tett forbundet

---

<sup>193</sup> Dennis (1995) s. 375-376, Andreangeli (2008) s. 127.

<sup>194</sup> Saunders v. UK (1996) § 68.

<sup>195</sup> Comingersoll v. Portugal (2001) (rett til rettergang innen rimelig tid), *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden* (2003) (uskyldspresumsjonen), *Noviflora Sweden Aktiebolag v. Sweden* (1992) (retten til rettergang).

<sup>196</sup> Van Kempen (2011) s. 376. Høyesterett synes i Rt. 2011 s. 800 å tolke hensynet i denne retning.

<sup>197</sup> *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v Sweden* (2003).

<sup>198</sup> Se Saunders v. UK (1996) § 68, *Zaichenko v. Russia* (2010) § 38.

<sup>199</sup> Saunders v. UK (1996) § 68, Torgersen (2008) s. 197, Strandbakken (2003) s. 48-53.

<sup>200</sup> Strandbakken (2003) s. 27.

med uskyldspresumsjonen.<sup>201</sup> EMD ser altså respekt for uskyldspresumsjonen som en forutsetning for selvinkrimineringsvernet. Det kan trolig forstås på følgende måte: Der anklagede presumeres uskyldig, vil det i prinsippet være galt av myndighetene å tvinge anklagede til å være en kilde til inkriminerende bevis.<sup>202</sup> Dermed må anklagede kunne nekte å samarbeide i en prosess rettet mot å bevise vedkommendes skyld.<sup>203</sup>

Men selvinkrimineringsvernet kan også forstås som en forutsetning for uskyldspresumsjonen. I den tidligere Kommisjonens rapport i *Saunders* uttalte et av medlemmene:

”The presumption of innocence would in fact be a meaningless protection if an accused person was compelled to give evidence against himself. Therefore the privilege against self-incrimination must be considered as a *sine qua non* for the effectiveness of the protection in question. In my view the privilege in question and the presumption of innocence are two sides of the same coin.”<sup>204</sup>

En innvending mot å avgrense selvinkrimineringsvernet etter uskyldspresumsjonen er at det potensielt kan ramme ethvert bevis som stammer fra anklagede, og dermed favne så vidt at det umuliggjør en effektiv sanksjons- og straffeforfølgning.<sup>205</sup> Parallellføringen behøver imidlertid ikke trekkes så langt. Det er tilstrekkelig å konstatere at de to rettighetene *samlet* styrker anklagedes rettssikkerhet. Hertil kommer at uskyldspresumsjonen, i likhet med selvinkrimineringsvernet, kan utledes fra verdier knyttet til verdighet.<sup>206</sup> Ettersom EMD har lagt til grunn presumsjonens anvendelse på selskaper, skulle det tilsi det at selskaper også er vernet mot å inkriminere seg selv.

---

<sup>201</sup> *Saunders v. UK* (1996) § 68.

<sup>202</sup> *Dennis* (1995) s. 353-354 med henvisning til *Murphy v. Waterfront Commission* 378 U.S. 52, 55 (1964) (Goldberg J). Se note 138.

<sup>203</sup> *Dennis* (1995) s. 354.

<sup>204</sup> *Saunders v. UK* (1994).

<sup>205</sup> *Dennis* (1995) s. 355 mener uskyldspresumsjonen som begrunnelse for selvinkrimineringsvernet er ”over-inclusive”.

<sup>206</sup> *Dennis* (1995) s. 353.

### 3.3.4 Balanse mellom stat og individ

EMDs opplystning av hensyn bak selvinkrimineringsvernet i Saunders, innledes med et *inter alia*. Det åpner for at også andre hensyn kan begrunne selvinkrimineringsvernet, selv om de ikke er uttrykkelig tilkjennegitt av EMD. Et av disse hensynene kan være det som i common law refereres til som "a fair state-individual balance".<sup>207</sup> Trainor skriver at "[t]he equitable balance-of-power arguments [...] maintain that the right against self-incrimination is simply a mechanism for preventing the state from using its nearly unlimited power to abuse its citizens in the name of the majority's well-being".<sup>208</sup> Han fremholder at dette hensynet tilsier at også juridiske personer bør ha et vern mot å inkriminere seg selv.<sup>209</sup> Hensynet til balanse mellom stat og individ har imidlertid også blitt tatt til inntekt for at vernet kun får anvendelse på fysiske personer.<sup>210</sup>

I EMDs praksis om selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 kan man finne spor av en slik avveining av individets og samfunnets interesser i vurderingstemaet om fremskaffelsen eller bruken av et bevis krenker "the essence of the right". Inngrep i selvinkrimineringsvernet kan altså være berettiget frem til et visst punkt, men ikke lenger. Fra dette punktet må samfunnets interesse i etterforskning og sanksjonering av et lovbrudd vike for anklagedes interesse. En slik avveining mellom individets interesser og samfunnets interesser er også "inherent" i hele konvensjonen, jf. *Sporrong and Lönnroth*.<sup>211</sup> Avveiningen mellom individets og samfunnets interesser kan også ses uttrykt i storkammeravgjørelsen *Van der Heijden*. Her ble det uttalt at vitneplikten var en "normal civic duty acknowledged to be in the public interest", og ethvert fritak fra

---

<sup>207</sup> Wigmore (1961) s. 317, med tilslutning fra Mr. Justice Goldberg i *Murphy v Waterfront* (1964) 50.

<sup>208</sup> Trainor (1995) s. 2178. Sitatet omhandler det femte grunnlovstillegget etter amerikansk rett.

<sup>209</sup> Trainor (1994) s. 2186.

<sup>210</sup> *EPA v. Caltex* (1993) HCA 74 (Macon CJ and Toohey J).

<sup>211</sup> *Sporrong And Lönnroth v. Sweden* (1982) § 69 om P-1 artikkel 1. "[T]he Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see, mutatis mutandis, the judgment of 23 July 1968 in the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 32, par. 5). The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1)."

Emberland (2006) s. 61. Dette stiller seg annerledes for EMK artikkel 2 og 3, som er absolutte rettigheter.



denne plikten, inkludert selvinkrimineringsvernet, kunne gjøres til gjenstand for ”conditions and formalities”.<sup>212</sup>

Det kan likevel virke kunstig å omtale avveiningen mellom samfunnets og individets interesser som en bakenforliggende begrunnelse for vernet. Det er snarere tale om en måte å begrunne inngrep på. Jeg kommer nærmere tilbake til betydningen av denne avveiningen i den materielle vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket, i kapittel 6.

### 3.4 Konklusjon

Drøftingen over har vist at EMD begrunner selvinkrimineringsvernet for fysiske personer primært i verdighetsorienterte hensyn.<sup>213</sup> Slike verdighetsorienterte hensyn kan i utgangspunktet ikke begrunne et selvinkrimineringsvern for selskaper. Bare i helt særskilte tilfeller vil selskapet kunne tenkes å avlede beskyttelsesverdige interesser fra fysiske personer i ledelsen eller på eiersiden. Dette tilsier et svakere og mer begrenset vern for selskaper. EMD ser samtidig selvinkrimineringsvernet som en rettssikkerhetsgaranti forankret i hjertet av ”fairness”-kravet i EMK artikkel 6. Denne prosessorienterte begrunnelsen tilsier isolert sett ingen begrensninger i vernet. På den annen side tilsier prosessorienterte hensyn bare et vern i den grad det tjener sammenhengen med de øvrige rettighetene. En slik systemorientert begrunnelse er dermed intet *sterkt iboende* argument for et vern for selskaper. Denne slutningen tilsier at Høyesterett i Rt. 2011 s. 800 kan ha tolket EMK artikkel 6 på et noe sviktende grunnlag.<sup>214</sup>

Samlet tilsier en formålstolkning et mer begrenset vern for selskaper enn for fysiske personer. Den nærmere tilskjæringen vil til syvende og sist kunne bero på en avveining av hensynet til samfunnets interesser og selskapets interesser i vid forstand.

---

<sup>212</sup> Van der Heijden v. The Netherlands (2012) § 67 jf. §§ 63-64.

<sup>213</sup> Andreangeli (2008) s. 126-127.

<sup>214</sup> Rt. 2011 s. 800 (40).

## 4 I hvilke situasjoner har selskaper et vern?

### 4.1 Innledning

Selvinkrimineringsvernet er en beskyttelse mot å bli tvunget til å avgi inkriminerende opplysninger i egen straffesak, og mot at fremtvungne inkriminerende opplysninger brukes mot en i avgjørelsen av straffesaken. I dette kapitlet vil jeg klarlegge i hvilke situasjoner selskaper har et vern mot selvinkriminering. Tema er altså ulike sider ved vernets *anvendelsesområde*. Drøftelsen er i fire deler, som til en viss grad griper inn i hverandre. Først ser jeg på hva som kan utgjøre tvang overfor selskaper av betydning for selvinkrimineringsvernet i tilsynssammenheng. Jeg konsentrerer meg om tvangstyper forvaltningsorganer har kompetanse til å benytte: overtredelsesgebyr, tvangsmulkt og ikke-sanksjonerte pålegg, og avgrenser mot fengsel og bøter.<sup>215</sup> Derneft undersøkes hvilke fremtvingelsesmidler som etter sin art er omfattet av et vern for selskaper. Jeg ser her på forklaringspålegg, utleveringspålegg, bistandspålegg og faktiske fremtvingelseshandlinger rettet mot fysiske personer. Deretter ser jeg kort på de ytre rammene for selvinkrimineringsvernet som bevisforbud. Til sist tar jeg for meg hvilken type informasjon som er omfattet av et vern for selskaper, på fremtvingelsesstadiet og ved senere bruk av opplysningene. Hvorvidt fremtvingelsen krenker vernet, beror på en nærmere vurdering skilt ut i del III.

### 4.2 På hvilke måter kan tilsynsorgan tvinge selskaper?

Straffesanksjonerte opplysningsplikter er i henhold til EMDs praksis en type tvang som aktualiserer selvinkrimineringsvernet, forutsatt at pålegget gis i forbindelse med

---

<sup>215</sup> Fysiske personer kan ikke pågripes og fengsles på vegne av selskapet, og kontroll- og tilsynsorgan har uansett ikke kompetanse til å ilegge slik straff.

utredning av forhold som er ”previously committed”.<sup>216</sup> Domstolen har ansett både trusler om<sup>217</sup> og ileggelse av<sup>218</sup> slike sanksjoner som tvang.

Ettersom *overtredelsesgebyr* normalt er å regne som straff i konvensjonens forstand, vil opplysningspålegg sanksjonert med overtredelsesgebyr være tvang overfor selskaper.<sup>219</sup> Det vil for eksempel være tilfellet etter konkurranseloven § 24 jf. § 29 c, og akvakulturloven § 24 jf. § 30. Både ileggelse og trusler om slike sanksjoner må regnes som tvang. Det er neppe grunn til å sonde mellom tilfeller der sanksjonstrusselen følger direkte av loven, og der sanksjonstrusselen fremsettes gjennom et enkeltvedtak.<sup>220</sup> Sanksjonen må imidlertid ha sammenheng med utredning av et mulig lovbrudd fra selskapets side.<sup>221</sup>

I den andre enden av skalaen finner vi *ikke-sanksjonerte opplysningspålegg*. Berg antar at et ”rent offentligrettslig pålegg, som ikke er straffesanksjonert (eller direkte sanksjonert på annet vis)” er tvang, fordi påleggene er bærere av autoritet og kan fullbyrdes etter tvangsfullbyrdingsloven.<sup>222</sup> Sanksjonsutvalget uttaler at spørsmålet er usikkert, men tar høyde for at ikke-sanksjonerte pålegg er tvang dersom de er ”er egnet til” å tvinge anklagede til å uttale seg i strid med sin vilje.<sup>223</sup> EMDs praksis tilsier derimot at ikke-sanksjonerte pålegg ikke utgjør relevant tvang. Domstolen har i flere saker fremhevet at ikke ethvert tiltak for å få anklagede til å oppgi informasjon, er tvang i relasjon til selvinkrimineringsvernet.<sup>224</sup> I *Allen* kom EMD til at trussel om en bot på 300 britiske pund (375 euro) mot en fysisk person ikke utgjorde slik tvang.<sup>225</sup> Sett hen

---

<sup>216</sup> I *Allen v. UK* (2002) var dette tema. Klager var ilagt en bot for å ha rapportert inn uriktige inntektsopplysninger til skattemyndighetene. EMD avviste klagen fordi bruddet på opplysningsplikten ”was the offence itself.”

<sup>217</sup> *Saunders v. UK* (1996).

<sup>218</sup> *Funke v. France* (1993).

<sup>219</sup> NOU 2003: 15 pkt. 5.7.12.3.

<sup>220</sup> NOU 2003: 15 s. 106.

<sup>221</sup> *Allen v. UK* (2002), Berg (2005) s. 205.

<sup>222</sup> Berg (2005) s. 205.

<sup>223</sup> NOU 2003: 15 s. 106.

<sup>224</sup> *Allen v. UK* (2002), *John Murray v. UK* (1996) § 46, *Shannon v. UK* (2005) § 36.

<sup>225</sup> *Allen v. UK* (2002).

til denne grensedragningen overfor en fysisk person, er det vanskelig å tenke seg at ikke-sanksjonerte pålegg overfor selskaper vil virke tyngende nok til å utgjøre tvang. Jeg ser derfor bort fra slike pålegg i det følgende.

I en mellomkategori kommer opplysningspålegg sanksjonert med *tvangsmulkt*. Tvangsmulktens formål er å fremtvinge oppfyllelse av en plikt eller et pålegg, til forskjell fra overtredelsesgebyr som straffer allerede begåtte overtredelser.<sup>226</sup> Hjemmel for tvangsmulkt som oppfyllellespress for opplysningspålegg finner vi blant annet i konkurranseloven § 24 jf. § 28 og akvakulturloven § 24 jf. § 28.<sup>227</sup> I relasjon til fysiske personer, vil tvangsmulkt kunne utgjøre tvang.<sup>228</sup> Det er noe mer tvilsomt om det samme er tilfelle for selskaper, og især innen særskilte forvaltningsområder. I avvisningsavgjørelsen *Strømsnes Akvakultur A/S*, som gjaldt pålegg under trussel om tvangsmulkt, uttalte den tidligere Kommisjonen at det i situasjoner der klager var ”faced with criminal liability a question may arise as to the compliance of coercive measures with the requirements of Article 6”.<sup>229</sup> Kommisjonen viste til Funke-saken, hvor EMD fant at suksessive bøter utgjorde tvang som krenket selvinkrimineringsvernet.<sup>230</sup> Deretter uttalte Kommisjonen:

“However, the Commission finds that orders to cease illegal activities like those in the present case cannot in principle be deemed unfair for the purposes of Article 6 (Art. 6) of the

---

<sup>226</sup> NOU 2003: 15 pkt. 11.4.2 og pkt. 11.3.2.1.

<sup>227</sup> Trusler om eller ileggelse av tvangsmulkt for å presse frem oppfyllelse av opplysningspålegg er rett nok lite praktisk på disse områdene. Konkurransetilsynet har hittil ikke ilagt tvangsmulkt for å få selskaper til å oppfylle opplysningspålegg etter konkurranseloven § 24. Siden 1993 har Konkurransetilsynet kun ilagt tvangsmulkt tre ganger, og da for overtredelser av konkurranselovens materielle bestemmelser, jf. sak 95/59, Felleskjøpet Østlandet, V1999-08, Røros Tweed (KT), opphevet av Arbeids- og administrasjonsdepartementet i sak nr. 2000/4158 (AAD), samt V2001-78, Husfliden i Tromsø. Fiskeridirektoratet, ved seniorrådgiver Britt Leikvoll i tilsynsseksjonen i kyst- og havbruksavdelingen, opplyser at de sjelden truer med tvangsmulkt for å få selskaper til å oppfylle opplysningspålegg, og at de ikke har ilagt tvangsmulkt for opplysningssvikt. Se regnskapsloven § 8-3, og merverdiavgiftsloven § 21-1.

<sup>228</sup> JB v. Switzerland. Berg (2005) s. 205.

<sup>229</sup> Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway (1997).

<sup>230</sup> Funke v. France (1993) § 45.

Convention and, similarly, the coercive fines imposed in order to obtain such a result cannot as *such* infringe that principle either. In fact many Contracting States empower the authorities to require individuals or legal persons, under a threat of coercive measures, to act in a particular way or refrain from doing so, *e.g. in the fields of environment, customs or building legislation*. [mine kursiveringer]”<sup>231</sup>

Avvisningsavgjørelsen gjaldt rett nok ikke spørsmålet om et *opplysningspålegg* under trussel om tvangsmulkt utgjorde tvang i strid med selvinkrimineringsvernet, men pålegg om retting av ulovlig forhold. Kommisjonens tilbaketrukne tilnærming gir likevel visse signaler om at EMD ikke vil anse opplysningspålegg overfor selskaper sanksjonert med tvangsmulkt som tvang omfattet av selvinkrimineringsvernet, såfremt det foreligger europeisk konsensus om behovet for pekuniære virkemidler på det aktuelle området.

Også Konkurranselovutvalget har i NOU 2003: 12 lagt til grunn at det ikke ville være i strid med vernet mot selvinkriminering å innføre tvangsmulkt for å ”effektivisere” opplysningspålegg overfor selskaper.<sup>232</sup> Utvalget argumenterte med at selvinkrimineringsvernet har en annen begrunnelse og rekkevidde for selskaper enn fysiske personer, og viste til at selskaper etter EU-retten har et snevrere vern.<sup>233</sup> Departementet sluttet seg i hovedsak til utvalgets konklusjoner, men presiserte at Konkurransetilsynet selv måtte ”vurdere når tvangsmulkt kan brukes for å fremtvinge opplysninger”.<sup>234</sup> Departementet synes dermed å ha ment at opplysningspålegg sanksjonert med tvangsmulkt etter omstendighetene kan stride mot et vern for selskaper.

Formålet med en tvangsmulkt er naturligvis å utøve tvang, for å presse frem oppfyllelse av det aktuelle pålegget. Tvangsmulfter kan også komme opp i betydelige beløp, og løpe over en lengre periode. Dette tilsier at betydelige tvangsmulfter vil kunne utgjøre tvang overfor selskaper relevant for selvinkrimineringsvernet. På den annen side er

---

<sup>231</sup> Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway (1997).

<sup>232</sup> NOU 2003: 12 s. 142 og 186-187

<sup>233</sup> Se nærmere NOU 2003: 12 s. 142 og 186-187.

<sup>234</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 131-132.

tvangsmulkt ikke straff i konvensjonens forstand.<sup>235</sup> På flere forvaltningsområder vil mulkt også være en hensiktsmessig og effektiv måte å håndheve reguleringslovgivningen på. Jeg legger på denne bakgrunn til grunn at tvangsmulkt i utgangspunktet ikke utgjør tvang overfor selskaper, men presiserer at dette kan stille seg annerledes i særskilte tilfeller.<sup>236</sup>

Et fjerde spørsmål er om uhjemlet *fysisk tvang* mot personer i eller bak selskapet, er å regne som tvang overfor selskapet. Det er på det rene at fysisk tvang kan krenke selvinkrimineringsvernet for et anklaget individ.<sup>237</sup> Såfremt maktbruken er egnet til å tvinge selskapet til å gi opplysninger i sak hvor selskapet er anklaget, må det trolig antas at selskapet kan påberope tvangen.<sup>238</sup> Jeg utdyper om denne problemstillingen i punkt 4.3.5.

### 4.3 Hvilke fremtvingelsesmidler omfattes av vernet?

#### 4.3.1 Oversikt

Hittil har kapittelet omhandlet hvilke tiltak som vil utgjøre tvang overfor selskaper, og jeg har talt noe upresist om opplysningspålegg. Det er imidlertid ikke uten betydning hvilke fremtvingelsesmidler som benyttes eller hvilken form for materiale fremtvingelsen er rettet mot.<sup>239</sup> EMD har i *Saunders v. UK* avgrenset selvinkrimineringsvernet mot

“material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.”<sup>240</sup>

---

<sup>235</sup> Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway (2007), NOU 2003: 15 pkt. 5.2.3.3, Berg (2005) s. 205 mener det er tvilsomt om tvangsmulkt utgjør straff i konvensjonens forstand.

<sup>236</sup> Se pkt. 5.2.1.

<sup>237</sup> Jalloh v. Germany (2006).

<sup>238</sup> Rt. 2011 s. 800 (42).

<sup>239</sup> Shannon v. UK (2005) § 36.

<sup>240</sup> Saunders v. UK (1996) § 67.

Dette må forstås som at vernet mot selvinkriminering ikke er til hinder for undersøkelser eller beslag av dokumenter eller annet materiale som kan innhentes uavhengig av anklagedes vilje.<sup>241</sup> Konkurranseloven § 25 om bevissikring faller dermed utenfor vernet. Jeg avgrenser mot denne og andre slike bestemmelser. I det følgende vil jeg undersøke om selskaper har et vern mot (1) forklaringspålegg, (2) utleveringspålegg, (3) bistandspålegg, samt (4) fremtvingelse av reelle bevismidler ved umenneskelig fysisk tvang.

#### 4.3.2 Forklaringspålegg

Særlovgivningen pålegger i mange tilfeller selskaper en straffesanksjonert forklaringsplikt overfor administrative tilsyns- og kontrollmyndigheter.<sup>242</sup> Forklaringsplikten etter konkurranseloven § 24 påligger ”enhver”, og er ment å omfatte alle individer og juridiske personer.<sup>243</sup> Forklaringsplikten etter akvakulturloven § 24 påligger ”enhver som søker om eller driver aktiviteter som omfattes av denne lov”. Selskaper er klart nok omfattet. Problemstillingen i dette punktet er om selskaper har et vern mot forklaringspålegg etter EMK.

EMD har flere ganger uttalt at forklaringstvang og bruk av fremtvungne forklaringer i avgjørelsen av en straffeanklage, er i kjernen av vernet mot selvinkriminering.<sup>244</sup> Høyesterett har fremhevet at selvinkrimineringsvernet ”retter seg først og fremst mot å fremtvinge selvinkriminerende forklaringer fra siktede og mot å bruke slike forklaringer som bevis i straffesak mot ham.”<sup>245</sup> Dette har sammenheng med at

---

<sup>241</sup> MacCulloch (2006) s. 230, Torgersen (2008) s. 237, Stub (2011) s. 110, Øyen (2010) s. 144-146.

<sup>242</sup> Se for eksempel ligningsloven kapittel 12, merverdiavgiftsloven kapittel 21, forurensningsloven § 78, konkurranseloven § 24 jf. §§ 28 og 29, akvakulturloven § 24 jf. §§ 28 og 30.

<sup>243</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 235.

<sup>244</sup> Saunders v. UK (1996) § 67.

<sup>245</sup> Rt. 2011 s. 487 (35).

selvinkrimineringsvernet gir individet en beskyttelse av sin psykiske integritet,<sup>246</sup> til forskjell fra beskyttelse av dets fysiske integritet.<sup>247</sup> O’Boyle skriver:

”Obliging a person to condemn himself – or to contribute to condemning himself – from his own mouth surely involves a much greater degree of compulsion and intrusiveness than compelling the production of material that is already in existence.”<sup>248</sup>

Et første spørsmål er *om selskaper overhodet kan avtvinges forklaringer*.<sup>249</sup> Selskapet som sådant kan naturligvis ikke forklare seg, men fysiske representanter vil kunne forklare seg på vegne av selskapet. Det kan hevdes at en selskapsrepresentant ikke kan avtvinges en selvinkriminerende forklaring på vegne av andre enn seg selv. En slik tilnærming fremstår likevel noe formalistisk sammenholdt med EMDs prinsipp om effektiv konvensjonstolkning, se kapittel 2. Etter EU-retten har selskaper et visst vern mot forklaringspålegg.<sup>250</sup> EU-domstolen har lagt til grunn at dette vernet er i samsvar med EMK artikkel 6, for selskaper på konkurranserettens område.<sup>251</sup> Det tilsier at selskaper er vernet mot forklaringstvang også etter EMK artikkel 6. I Rt. 2011 s. 800 forutsetter Høyesterett uten videre at selskaper er gitt et vern mot forklaringstvang.<sup>252</sup>

Jeg legger tilsvarende til grunn at selskaper har et vern mot å avgi forklaringer. Det betyr at selskaper etter omstendighetene vil kunne påberope selvinkrimineringsvernet mot forklaringspålegg, for eksempel etter akvakulturloven § 24 og konkurranseloven §

---

<sup>246</sup> Se kapittel 3.

<sup>247</sup> Dennis (1995) s. 357. EMK artiklene 2 og 3 oppstiller selvstendige skranker mot fysiske integritetskrenkelser.

<sup>248</sup> O’Boyle (2000) s. 1028.

<sup>249</sup> I amerikansk rett er det lagt til grunn at et selskap som et ”inanimate collective entity” per definisjon ikke kan avgi muntlige forklaringer vernet mot selvinkriminering. Den eneste et selskap etter amerikansk rett kunne tenkes vernet mot, er dermed fremtvingelse av dokumenter. Spørsmålet om selskaper kan tvinges til å avgi forklaring har imidlertid ikke kommet på spissen, ettersom amerikansk føderal høyesterett på prinsipielt grunnlag har avvist at selskaper har et selvinkrimineringsvern, jf. Hale v. Henkel (1906) m.v. Se Cole (2005) s. 50.

<sup>250</sup> Orkem v. Commission (1989) §§ 34-35. Se pkt. 4.5.

<sup>251</sup> Tokai Carbon v. Commission (2004) §§ 404-406, se Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission (2002) § 274.

<sup>252</sup> Rt. 2011. s. 800 (60).



24 første ledd. Etter sistnevnte bestemmelse kan opplysningene ”kreves gitt skriftlig eller muntlig”.<sup>253</sup> Det er neppe grunn til å skille mellom de to situasjonene, såfremt den skriftlige nedtegnelsen skjer i stedet for muntlig forklaringsopptak.<sup>254</sup>

Neste spørsmål er *hvem i selskapet som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet* i situasjoner der vedkommende utsettes for forklaringstvang i sak mot selskapet. Svaret vil formodentlig bero på hvilken relasjon den som avkreves forklaring har til selskapet. EMDs linje i Comingersoll-saken med etterfølgende praksis tilsier at bare fysiske personer i selskapets ledelse kan påberope seg selvinkrimineringsvernet. Når det gjelder selvinkriminering, er det imidlertid et sentralt poeng om individet har en rett og tilhørende plikt til å tale *på vegne av* selskapet. Sanksjonslovutvalget tar til orde for at de personer som ”i kraft av lov, stilling eller fullmakt lovlig kan representere foretaket i en slik sak” gis en slik rett.<sup>255</sup> Konkurranselovutvalget foreslår en tilsvarende personell avgrensning ut fra hvem som kan representere selskapet.<sup>256</sup> Utvalgets begrunnelse er at ”[d]et er foretaket som er gitt et selvinkrimineringsvern og det er følgelig innrømmelser som skjer på vegne av foretaket vernet skal beskytte mot”.<sup>257</sup>

I EU-retten oppstår ikke problemstillingen om personell avgrensning, fordi opplysningsplikten bare påligger foretaket.<sup>258</sup> I praksis vil det være opp til foretaket å utpeke hvem som skal besvare spørsmål på dets vegne.<sup>259</sup> Foretaket kan også korrigere forklaringer som er gitt av en person uten fullmakt.<sup>260</sup>

Konkurransetilsynet og Fiskeridirektoratet synes å ha lagt seg på to ulike linjer. Konkurransetilsynet innrømmer administrerende direktør og styreleder i foretakene en

---

<sup>253</sup> Konkurranseloven § 24 første ledd annet punktum.

<sup>254</sup> Se i denne retning MacCulloch (2006) s. 230.

<sup>255</sup> NOU 2003: 15, s. 191.

<sup>256</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.3.4.2.

<sup>257</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.3.4.2.

<sup>258</sup> Rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 18.

<sup>259</sup> Kerse og Khan (2005) s. 178.

<sup>260</sup> Kommisjonsforordning 773/2004/ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 4 nr. 3.

rett til å forholde seg taus med hjemmel i vernet mot selvinkriminering.<sup>261</sup> I tilsynets redegjørelse til Konkurranselovutvalget av 2012 heter det:

”Vernet har vært praktisert slik at foretakets daglige leder og styreformann (som selskapets representanter) kan nekte å svare på spørsmål der svaret kan medføre at foretaket risikerer å bli ilagt et overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser.”<sup>262</sup>

Fiskeridirektoratet vil derimot opplyse enhver person med tilknytning til selskapet som påtreffes i forbindelse med undersøkelser hvor overtredelsesgebyr eller politianmeldelse er sannsynlige utfall, at vedkommende ikke har plikt til å forklare seg.<sup>263</sup> Fiskeridirektoratets regionale inspektører skiller altså ikke mellom de som kan representere selskapet, og ansatte som jobber ”på gulvet” i virksomheten.<sup>264</sup>

I litteraturen er meningene om vernets personelle utstrekning delte. Aslam og Ramsden synes å mene at det intrikate forholdet mellom et individ og et selskap medfører at uttalelser fra fysiske representanter som gis rett til å snakke på vegne av selskapet, må tilskrives selskapet (”is imputable to the undertaking”) som om det var selskapet selv som snakket.<sup>265</sup> Øyen mener et eventuelt vern mot forklaringsplikt ”som et minimum” må ”avgrenses til personer i foretakets ledelse”.<sup>266</sup> Elgesem og Rosenlund Wahlen argumenterer for at personkretsen utvides til ”alle fysiske personer med tilknytning til den juridiske personen”.<sup>267</sup> Det er i samsvar med løsningen etter dansk rett, som lar alle personer med tilknytning til selskapet, herunder ansatte, påberope seg selskapets selvinkrimineringsvern.<sup>268</sup>

Et hensyn som kan tale for at alle med tilknytning til selskapet er omfattet, er faren for omgåelse. Tilsynsorganet kan jo bare gå på en underordnet som ikke er omfattet av

---

<sup>261</sup> Intervju med juridisk direktør i Konkurransetilsynet, Håkon Cosma, den 16. november 2011.

<sup>262</sup> Konkurransetilsynets redegjørelse i brev til Konkurranselovutvalget, den 9. januar 2012.

<sup>263</sup> Intervju med Britt Leikvoll, seniorrådgiver i tilsynsseksjonen i Fiskeridirektoratet, den 08.05.2012.

<sup>264</sup> Intervju med Britt Leikvoll, seniorrådgiver i tilsynsseksjonen i Fiskeridirektoratet, den 08.05.2012.

<sup>265</sup> Aslam og Ramsden (2008) s. 73.

<sup>266</sup> Øyen (2010) s. 357.

<sup>267</sup> Elgesem og Wahlen (2010) s. 74.

<sup>268</sup> Den danske retsikkerhedsloven § 10.

selskapets vern. Slike omgåelsesbetraktninger kan imidlertid ikke i seg selv begrunne at rettigheten gis anvendelse på en større krets av individer rundt selskapet, med mindre dette også lar seg forankre i EMDs praksis og andre relevante rettskilder. Det gjør det etter mitt syn ikke her.

På denne bakgrunn må det legges til grunn at det bare er fysiske personer som i kraft av lov, stilling eller fullmakt er gitt en representasjonsrett for selskapet i den aktuelle sak, som kan påberope seg vernet og nekte å avgi forklaring. Disse selskapsrepresentanter vil da ha et vern der selskapet etter konkurranseloven § 24 eller akvakulturloven § 24 pålegges å forklare seg. Ved forklaringspålegg overfor andre personer er det ikke selskapet i vid forstand, men den fysiske personen som sådan, som tvinges. Slik tvang er ikke vernet av selskapets selvinkrimineringsvern. En annen sak er at han eller hun i noen tilfeller vil kunne påberope seg vernet på selvstendig grunnlag, f. eks. der saken gjelder en handling som vedkommende har begått på vegne av selskapet og personlig risikerer straff for.

#### 4.3.3 Utleveringspålegg

Kontroll- og tilsynsorgan er gitt en rekke sanksjonerte hjemler for å pålegge selskaper å utlevere dokumenter og annet materiale. Etter konkurranseloven § 24 annet ledd kan konkurransemyndighetene ”kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon”. Etter akvakulturloven § 24 plikter selskaper å gi Fiskeridirektoratet dokumenter og prøvemateriale samt annet materiale som er nødvendige for tilsynsmyndighetens oppgaver etter loven.<sup>269</sup> Problemstillingen i dette punktet er om selvinkrimineringsvernet for selskaper får anvendelse på sanksjonerte utleveringspålegg av dokumenter og annet materiale.

Praksis fra EU-domstolen tilsier at selskaper ikke under noen omstendighet har et slikt vern. EU-domstolen har uttalt at Kommisjonen kan tvinge selskaper til å legge frem ethvert dokument det har i sin besittelse knyttet til et påstått lovbrudd, ”even if the [documents] may be used to establish, against it or another undertaking, the existence of

---

<sup>269</sup> Ot.prp.nr.61 (2004-2005) pkt. 12, merknader til § 24.

anti-competitive conduct”.<sup>270</sup> Begrunnelsen hviler på en avveining av hensynet til effektiv håndhevelse av konkurransereglene og selskapenes rettssikkerhet. EU-domstolen har lagt til grunn at denne avgrensningen ikke er i strid med vernet etter EMK artikkel 6.<sup>271</sup>

Enkelte uttalelser fra Høyesterett kan tyde på at selskaper bare i helt ekstraordinære situasjoner har et vern mot utleveringspålegg. I Rt. 2011 s. 800, i et obiter dictum om den materielle rekkevidden av selvinkrimineringsvernet for selskaper, heter det:

”Vår sak dreier seg ikke om å fremtvinge noen forklaring fra de 15 selskapene, men gjelder pålegg om at de skal utlevere regnskapsmateriale. Disse dokumentene – saldobalanse, spesifisert hovedbok og reskonto – er realbevis som eksisterer uavhengig av selskapenes vilje. Det er på det rene at terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis skal rammes av selvinkrimineringsvernet, er relativt høy.”<sup>272</sup>

Førstvoterende viser deretter til følgende avsnitt i Rt. 2011 s. 487, hvor det i relasjon til vernet for fysiske personer ble uttalt:

”Forbudet mot plikt til selvinkriminering [...] retter seg først og fremst mot å fremtvinge selvinkriminerende forklaringer fra siktede og mot å bruke slike forklaringer som bevis i straffesak mot ham. Avhengig av tvangens karakter og grad kan forbudet etter omstendighetene også ramme fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende dokumentbevis eller andre former for realbevis, men terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis skal rammes, er relativt høy [...]. For at fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende realbevis skal rammes, må tvangen være umenneskelig eller på annen måte ha karakter av overgrep mot siktede.”<sup>273</sup>

---

<sup>270</sup> Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) and Others v. Commission (2002) § 272, med henvisning til Orkem v. Commission (1989) §§ 34-35.

<sup>271</sup> Tokai Carbon v. Commission (2004) §§ 404-406, se Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission (2002) § 274.

<sup>272</sup> Rt. 2011 s. 800 (60).

<sup>273</sup> Rt. 2011 s. 487 (35).

Forbeholdet for umenneskelig tvang og andre overgrep må forstås som en henvisning til de faktiske forholdene i *Jalloh v. Germany*.<sup>274</sup> Jeg kommer tilbake til denne avgjørelsen i punkt 4.3.5. Med den terskelen Høyesterett oppstiller er det uansett vanskelig å tenke seg at et utleveringspålegg rettet mot et selskap vil kunne omfattes av et vern mot selvinkriminering. Konkurranselovutvalget konkluderer på denne bakgrunn, også under henvisning til EU-retten, med at selvinkrimineringsvernet for selskaper ikke omfatter utleveringspålegg.<sup>275</sup>

EU-domstolens absolutte avgrensning og Høyesteretts relative avgrensning er imidlertid vanskelig å harmonere med EMDs avgjørelser i *Funke v. France*<sup>276</sup> og *JB v. Switzerland*.<sup>277</sup> I begge disse sakene ble pålegg om å utlevere dokumenter ansett omfattet av selvinkrimineringsvernet, uten at klagerne på noe tidspunkt ble utsatt for umenneskelig tvang eller andre former for overgrep.

I *Funke* var klageren mistenkt for brudd på tollbestemmelsene. Tollmyndighetene fant ikke tilstrekkelig bevis mot ham under en gjennom søkning av boligen. Funke ble deretter pålagt å fremskaffe ”papers and documents of any kind relating to operations of interest to [the customs] department”, som myndighetene antok at eksisterte. Funke nektet å etterkomme pålegget, og ble straffeforfulgt og bøtelagt for manglende oppfyllelse.<sup>278</sup> EMD kom til at forsøkene på å tvinge Funke til å fremskaffe bevisene for en overtredelse han stod anklaget for, krenket selvinkrimineringsvernet.<sup>279</sup> I *JB* ble klager ilagt tvangsmulkt for ikke å etterkomme pålegg om å utlevere “documents, etc., which might be relevant for the assessment of taxes” til sveitsiske skattemyndigheter.<sup>280</sup> Også i denne saken var myndighetene usikre på om dokumentene fantes. EMD kom til at det forelå krenkelse.

---

<sup>274</sup> Jalloh gjaldt bruk av umenneskelig tvang i strid med EMK artikkel 3 for å få en anklaget til å kaste opp realmateriale, en narkotikapose. Selvinkrimineringsvernet kom til anvendelse.

<sup>275</sup> NOU 2012: 7, pkt. 7.3.4.2.

<sup>276</sup> *Funke v. France* (1993).

<sup>277</sup> *JB v. Switzerland* (2001) § 39.

<sup>278</sup> *Funke v. France* (1993).

<sup>279</sup> *Funke v. France* (1993) § 44.

<sup>280</sup> *JB v. Switzerland* (2001) § 39.

Verken *Funke* eller *JB* nevnes av Høyesterett i Rt. 2011 s. 487 og Rt. 2011 s. 800. Det kan bety at Høyesterett oppfatter at *Funke* er fraveket av EMD i *Saunders*,<sup>281</sup> og at vernet nå er avgrenset mot materiale som etter sin art eksisterer uavhengig av anklagedes vilje.<sup>282</sup> Dermed skulle utleveringspålegg ikke lenger være omfattet av vernet. *JB* er imidlertid avsagt fem år etter *Saunders*. Og i *JB* skilte EMD mellom utleveringspålegget i den aktuelle saken og avgrensningen i *Saunders*. Domstolen uttalte at pålegget rettet mot klageren “does not involve material of this nature which, like that considered in *Saunders*, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion in defiance of the will of that person”.<sup>283</sup> Det er altså ikke formatet på vitnesbyrdet som avgjør, men om anklagede derved tvinges til å medvirke til egen straffellelse.<sup>284</sup> I lys av *JB* må *Saunders* altså forstås som en avgrensning av selvinkrimineringsvernet mot realmateriale med mindre *tilgangen* til materialet avhenger av anklagedes vilje.<sup>285</sup>

I *Jalloh* ble denne rettstilstanden oppsummert slik, med henvisning til *Funke* og *JB*:

“[T]he Court has on occasion given the principle of self-incrimination as protected under Article 6 § 1 a broader meaning so as to encompass cases in which coercion to hand over real evidence to the authorities was in issue.”<sup>286</sup>

---

<sup>281</sup> Judge Martens’ dissensvota i *Saunders v. UK* (1996), punkt 12, med støtte av Judge Kuris. Ifølge Martens var det “at least open to doubt” om storkammeret implisitt “overruled *Funke* and essentially converted to the more restricted doctrine adopted inter alia by the Court of Justice of the European Communities”.

<sup>282</sup> Se Rt. 2007 s. 938, Rt. 2011 s. 487 og Rt. 2011 s. 800. I Rt. 2007 s. 938 var det spørsmål om en pliktmessig avgitt kjøpekontrakt og kvittering kunne brukes som bevis. Førstvoterende uttalte: ”Dette er dokumenter som eksisterer uavhengig av den tiltaltes vilje. På bakgrunn av det jeg har sitert fra avsnitt 69 i *Saunders*-avgjørelsen, er bruken av dokumentene etter mitt syn ikke i strid med vernet mot selvinkriminering i EMK artikkel 6 nr. 1.” Verken *JB* eller *Jalloh* ble nevnt av i Rt. 2007 s. 938. Øyen (2010) s. 145-146 mener det ”neppe kan forklares på annen måte enn at disse sakene ble oversett”, og at Høyesteretts uttalelse av den grunn bør ”tillegges liten rettskildemessig vekt”.

<sup>283</sup> *JB v. Switzerland* (2001) § 68.

<sup>284</sup> *MacCulloch* (2006) s. 230.

<sup>285</sup> Øyen (2010) s. 145, Harris m.fl. (2011) s. 260, Torgersen (2008) s. 237.

<sup>286</sup> *Jalloh v. Germany* (2006) § 111.

Avgjørelsen lest i sin sammenheng tyder ikke på at *Jalloh* signaliserer at domstolen heretter vil endre kurs. Uttalelsen må snarere forstås som en konstatering av at selvinkrimineringsvernet kan få anvendelse i situasjoner der anklagede tvinges til å overlevere reelle bevismidler til myndighetene. Selvinkrimineringsvernet gis i slike tilfeller en videre betydning sammenholdt med kjerneområdet for vernet – fremtvingelse og bruk av fremtvungne forklaringer. Pålegg om å utlevere dokumenter og andre gjenstander faller etter dette i utgangspunktet innenfor virkeområdet til vernet mot selvinkriminering.<sup>287</sup>

Dermed er det ikke sagt at utleveringspålegg alltid vil omfattes av vernet. De faktiske omstendigheter i *Funke* og *JB* gir bare grunnlag for at pålegg om utlevering av dokumenter som myndighetene ikke er sikre på eksistensen og lokalisering av, omfattes. Det kan ikke utelukkes at EMD vil komme til at utleveringspålegg rettet mot dokumenter som myndighetene er sikre på eksistensen og lokaliseringen av, faller utenfor.<sup>288</sup>

Flere forhold taler for en slik sontring. For det første praktiseres det allerede et lignende skille i amerikansk rett. Løsningen etter amerikansk rett kan anses relevant på dette punkt ut fra prinsippet om komparativ tolkning.<sup>289</sup> EMDs storkammer viser i *Jalloh* nettopp til en prinsipiell avgjørelse fra amerikansk føderal høyesterett som omhandler vernets grenseflate mot reelle bevismidler.<sup>290</sup> EMD har også presisert at anvendelsesområdet for selvinkrimineringsvernet er forankret i alminnelig anerkjent rettsforståelse i og utenfor konvensjonsstatene.<sup>291</sup>

---

<sup>287</sup> NOU 2003: 15 s. 103, Christoffersen (2011) s. 439, Øyen (2010) s. 146, Ashworth (2008) s. 758-760, Harris m.fl. (2011) s. 260, Stub (2011) s. 110.

<sup>288</sup> Øyen (2010) s. 146.

<sup>289</sup> Kjølbro (2010) s. 33.

<sup>290</sup> *Jalloh v. Germany* (2002) §§ 76, 105, jf. *Schmerber v. California* (1966) 384 U.S. 757. Se også *Fayed v. UK* (1994) § 61.

<sup>291</sup> *Saunders v. UK* (1996) § 69. Hertil kommer at innflytelsen fra amerikansk rett på menneskerettighetsområdet gjerne er sterkere enn det som kommer direkte til uttrykk i EMDs avgjørelser, jf. Torgersen (2008) s. 82 med videre henvisning.

I amerikansk rett faller innhenting av realmateriale i utgangspunktet utenfor selvinkrimineringsvernet etter det femte grunnlovstillegget. Utleveringspålegg rettet mot dokumenter som myndighetene ikke har konkludert på forhånd om eksistensen og lokaliseringen av, er likevel omfattet, jf. "act of production"-privilegiet.<sup>292</sup> I førstnevnte tilfelle innebærer utlevering kun "surrender", mens i sistnevnte tilfelle utgjør utleveringshandlingen et beskyttelsesverdig "testimony".<sup>293</sup> Det begrunnes med at tvungen utlevering av dokumenter har "communicative aspects of its own, wholly aside from the contents of the papers produced."<sup>294</sup> Ved å utlevere dokumentene kommuniserer man samtidig at dokumentene eksisterer, at man har dem i sin besittelse eller kontroll, og at de utleverte dokumentene er de samme som myndighetene har krevd å få.<sup>295</sup> Det femte grunnlovstillegget beskytter anklagede mot å vedgå disse tingene. Derfor er selve utleveringshandlingen, og derigjennom dokumentene, beskyttet av selvinkrimineringsvernet. En innvending mot den amerikanske analysen er at vedgåelsen av dokumentenes eksistens bare er å regne som avledet inkriminerende kommunikasjon. Den er uansett vanskelig å overføre direkte på situasjonen for selskaper, ettersom selskaper er avskåret fra et selvinkrimineringsvern etter amerikansk rett.<sup>296</sup>

Hensynene bak selvinkrimineringsvernet tilsier imidlertid på selvstendig grunnlag at det går et skille mellom tilfeller der utlevering av dokumentene fordrer stor vilje til samarbeid og aktivitet fra den anklagede, og andre utleveringspålegg. Det er først der utleveringspålegget retter seg mot dokumenter eller andre gjenstander som myndighetene avhenger av anklagedes aktive bistand for å finne frem til, at fremtvingelsen griper inn i verdighetsorienterte hensyn og prosessbaserte hensyn bak selvinkrimineringsvernet på en måte som kan tilsi et vern. Verdighetshensyn støtes i

---

<sup>292</sup> Utviklet første gang i *Fisher v. United States* - 425 U.S. 391 (1976), se *United States v. Doe* 465 U.S. 605 (1984). *Schmerber v. California* 384 U.S. 757 (1966) (763-764). I *Schmerber*-saken oppsummeres at selvinkrimineringsvernet omfatter "an accused's communications [in] whatever form they might take".

<sup>293</sup> *Fisher v. United States* - 425 U.S. 391 (1976), s. 411.

<sup>294</sup> *Fisher v. United States* (1976) 425 U.S. 391 (1976).

<sup>295</sup> *Fisher v. United States* (1976) U.S. 391 (1976).

<sup>296</sup> *Hale v. Henkel* (1906) 201 U.S. 43.



den forstand at den utleveringspliktige tvinges til å velge mellom å bistå myndighetene i å finne frem til materiale de ellers ikke ville funnet og derigjennom risikere straff, eller nekte å etterkomme utleveringspålegget og utsette seg for overtredelsesgebyr eller tvangsmulkt for utleveringsnektelsen. Dette er ikke i samme grad tilfelle der dokumentet er kjent, og myndighetene i praksis kan skaffe seg tilgang til det gjennom granskning eller bevissikring.<sup>297</sup> Også prosessbaserte hensyn til rettssikkerhet kan sies å krenkes ved utleveringspålegg av ukjente dokumenter og andre gjenstander. Hensynet til at myndighetene må fremskaffe bevis uten å ty til tvang overfor anklagede, krenkes i større grad der anklagede avkreves vesentlig bistand enn der bistanden er marginal.

I kapittel 3 ble det konkludert med at verdighetshensynet i utgangspunktet ikke gjør seg gjeldende for selskaper. Det kan tilsi at selskaper ikke har et vern mot utleveringspålegg, annet enn der selskaper kan avlede en beskyttelsesverdig interesse fra sine fysiske representanter. På den annen side kan det være i strid med rettssikkerhetshensynene bak vernet å pålegge selskaper en stor grad av aktivitetsplikt for å fremskaffe beviser det påhviler anklagende myndighet å fremskaffe.<sup>298</sup> Formålsbetraktninger skulle dermed føre til at selskaper er gitt et visst vern mot utleveringspålegg av ukjente dokumenter og annet, men at dette vernet i praksis er mer begrenset enn for fysiske personer.

Jeg nevner for øvrig at Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 legger til grunn at utleveringspålegg som tvinger selskaper til å ”delta aktivt i å fremskaffe inkriminerende dokumenter”, vil være omfattet av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6.<sup>299</sup> Utvalget problematiserer ikke om utleveringsvernet stiller seg ulikt for selskaper og individer, men legger til grunn at selskaper er vernet på samme måte.<sup>300</sup>

Relevante rettskilder tatt i betraktning, især EMDs praksis og formålsbetraktninger, tilsier etter mitt syn at selskaper har et visst vern mot utleveringspålegg som fordrer en

---

<sup>297</sup> Konkurranseloven § 25, jf. forvaltningsloven § 15.

<sup>298</sup> Se Øyen (2010) s. 363-364. Han avviser i utgangspunktet hensynet som ”lite treffende”, men i den grad det tillegges vekt, er det ”like aktuelt der en juridisk person er mistenkt”.

<sup>299</sup> NOU 2003: 15 punkt 26.2.4, note 130, forvaltningsloven ny § 53.

<sup>300</sup> NOU 2003: 15 punkt 12.7.4.

stor grad av samarbeid og aktivitet. Selskaper vil altså etter omstendighetene kunne påberope selvinkrimineringsvernet ved enkelte utleveringspålegg etter akvakulturloven § 24 og konkurranseloven § 24 annet ledd.

Når det gjelder spørsmålet om *hvem i selskapet som kan påberope selvinkrimineringsvernet mot å beslutte utlevering*, viser jeg til drøftingen i punkt 4.3.2 om forklaringspålegg. Jeg legger til grunn at det vil være de selskapsorganer eller personer som i kraft av lov, stilling eller fullmakt lovlig kan representere selskapet i en slik sak, som gis rett til å nekte å utlevere dokumenter fra selskapet.

#### 4.3.4 Bistandspålegg

Problemstillingen i dette punktet er om selskaper er vernet mot å måtte *medvirke* til at forvaltningsorgan får tilgang til selvinkriminerende dokumenter eller andre gjenstander, såkalt bistandsplikt. Bistandspålegg skiller seg fra utleveringspålegg ved at pålegget kun gjelder å bistå forvaltningsorganet i å skaffe *adgang* til lokaler og lette *tilgangen* til dokumenter og andre gjenstander. Hjemler for bistandspålegg finner vi blant annet i akvakulturloven og i ligningsloven. Akvakulturloven § 25 pålegger selskaper ”som driver aktiviteter som omfattes av denne lov”, å gi Fiskeridirektoratet ”adgang til områder, innretning og utstyr i tilknytning til aktiviteten”, samt ”stille nødvendige lokaler, utstyr, materiell, organismer og arbeidshjelp til disposisjon for utøvelse av tilsynet”. Etter ligningsloven § 4-10 nr. 1 b kan ligningsmyndighetene pålegge selskaper å gi ”adgang til befarings-, besiktigelses-, gjennomsyn av virksomhetens arkiver”.

Høyesteretts kjennelse i Rt. 2011 s. 487 trekker i retning av at selskaper ikke har et vern mot bistandsplikt. Den ankende part i saken, DNO International ASA, anførte at selskapet kunne nekte å medvirke til undersøkelser etter ligningsloven § 4-10 nr. 1 bokstav b. Det var ikke bestridt at selskapet var straffeanklaget etter forhåndsvarsel om tilleggsskatt. Anførselen om selvinkrimineringsvern førte ikke frem. Ankeutvalget viste til at skattyter kunne bli pålagt å fremlegge bevis etter ligningsloven § 4-10 nr. 1 a, dersom ligningsmyndighetene fant slike bevis i forbindelse med gjennomgang av virksomhetens arkiver. Ankeutvalget fortsatte:

”Som tidligere nevnt, vil imidlertid pålegg om fremleggelse av selvinkriminerende realbevis som hovedregel ikke rammes av forbudet mot plikt til selvinkriminering. Utvalget finner det *på denne bakgrunn* klart at den plikt som skattytere etter § 4-10 nr. 1 bokstav b har til å gi adgang til arkivmateriale, ikke rammes av forbudet mot plikt til selvinkriminering. [mine kursiveringer]”<sup>301</sup>

Ankeutvalget la altså til grunn at et avledet utleveringspålegg som følge av biståtte undersøkelser uansett ikke ville omfattes av selvinkrimineringsvernet. På ”denne bakgrunn” var det ”klart” at den forutgående bistandsplikten falt utenfor. Ankeutvalgets forutsetning om at senere utleveringspålegg som hovedregel ikke rammes av selvinkrimineringsvernet, viste imidlertid tilbake på tolkningen i avsnitt 35 om at vernet kun omfatter fremtvingelse av reelle bevismidler der fremtvingelsen skjer ved umenneskelig behandling eller andre overgrep. I punkt 4.3.3 er det antatt at denne tolkningen ikke er i samsvar med EMDs praksis. Det kan tilsi at uttalelsen om bistandsplikt tillegges begrenset vekt.

EMD har ikke tatt direkte stilling til spørsmålet om bistandsplikt. *Saunders* gir likevel noe veiledning. Storkammeret avgrenset som nevnt blant annet mot ”documents acquired pursuant to a warrant” og “breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.<sup>302</sup> Bistandsplikt skiller seg fra den førstnevnte bevissikringssituasjonen, fordi det typisk er den kontrollerte selv – ikke forvaltningsorganet eller politiet – som åpner døren og viser inspektørene inn. Således har bistandsplikt mer til felles med de sistnevnte typetilfellene, der anklagede aktivt eller passivt stiller egen kropp til rådighet for undersøkelser. Avgrensningen av vernet mot slik fremtvingelse er antakelig begrunnet i at undersøkelsene griper inn i den fysiske, og ikke den vernede psykiske integriteten.<sup>303</sup> Ettersom EMD aksepterer at individer pålegges å medvirke til dels inngripende fysiske undersøkelser, skulle det tilsi at mindre inngripende bistandsplikter for selskaper om å gi inspektører adgang til lokaler og sikre dem tilgang til arkiver m.v. går klar av vernet. Formålsbetraktninger trekker i samme retning. Hertil kommer at selskaper, især på konsesjonsbaserte

---

<sup>301</sup> Rt. 2011 s. 487 (36).

<sup>302</sup> *Saunders v. UK* (1996) § 67.

<sup>303</sup> *Dennis* (1995) s. 357, se *Arenella* (1982-1983) s. 41.

avgrensede områder, kan sies å ha samtykket, implisitt eller eksplisitt, i å bistå forvaltningsorganet i dets undersøkelser.<sup>304</sup>

Jeg legger etter dette til grunn at selskapers bistandsplikter faller utenfor vernet mot selvinkriminering. Bistandsplikter vil ikke bli gjenstand for ytterligere behandling.

#### 4.3.5 Undersøkelse på person

EMD har i *Jalloh v. Germany* gitt selvinkrimineringsvernet særskilt anvendelse på bruk av realbevis fremtvunget ved umenneskelig tvang i strid med EMK artikkel 3.<sup>305</sup> Jeg nevnte saken i punkt 4.3.3 om utleveringspålegg. Sammenhengen med utleveringspålegg er imidlertid egnet til å villed, ettersom *Jalloh* konkret gjaldt tvungen kroppslig undersøkelse på person. Spørsmålet i saken var om en narkotikapose klager kastet opp etter å ha fått injisert et brekningsmiddel gjennom en sonde i nesen, kunne brukes som bevis. Av fremstillingsmessige årsaker refererer jeg til dette som *Jalloh-unntaket*.<sup>306</sup> Problemstillingen er om *Jalloh-unntaket* kan overføres på selskaper i forvaltningsstraffeprosessen.

Enkelte uttalelser fra Høyesterett tyder på at dette ikke er utelukket. Ankeutvalget uttaler i Rt. 2011 s. 487 (35) følgende om anvendelse av *Jalloh-unntaket* på selskaper:

”For at fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende realbevis skal rammes, må tvangen være umenneskelig eller på annen måte ha karakter av overgrep mot siktede. [...] Dersom forbudet kan påberopes av juridiske personer, blir det spørsmål om de bare kan påberope tvang som myndighetene har utøvd mot den juridiske personen som sådan, eller om de også kan påberope tvang mot deres representanter.”

---

<sup>304</sup> Se punkt 6.3.4.

<sup>305</sup> *Jalloh v. Germany* (2002).

<sup>306</sup> Det er strengt tatt tale om en utvidelse av selvinkrimineringsvernet, og ikke et unntak. I litteraturen omtales det imidlertid om *Jalloh* som et unntak fra Saunders-avgrensningen.

Uttalelsen synes fulgt opp i Rt. 2011 s. 800, hvor førstvoterende henviser til det siterte avsnitt 35 i Rt. 2011 s. 487.<sup>307</sup>

Det er naturlig først å undersøke storkammerets begrunnelse for å gi selvinkrimineringsvernet anvendelse i Jalloh-saken. Storkammeret angav tre kumulative grunner:<sup>308</sup> i) beviset var fremtvunget ”in defiance with the applicant’s will”, jf. *Funke* og *JB*, ii) graden av maktbruk skilte seg ”significantly” fra inngrep vanligvis anvendt for å fremskaffe fysisk materiale, og iii) fremtvingelsen av narkotikaposen utgjorde et brudd på EMK artikkel 3.<sup>309</sup>

Minst to av disse tre nødvendige grunnene var spesifikt knyttet til menneskelige forhold. Tvangen ble sammenlignet med tvungne inngrep for å sikre biologisk materiale fra anklagedes kropp. Fremtvingelsen hadde videre karakter av umenneskelig behandling, jf. EMK artikkel 3. EMD har tidligere avvist at selskaper som juridiske personer har et vern etter artikkel 3.<sup>310</sup> Avgjørelsen isolert sett tyder derfor på at Jalloh-unntaket ikke kan overføres på selskaper.

Går vi et skritt videre, blir spørsmålet om Jalloh-unntaket er *begrenset til fysiske og psykiske integritetskrenkelser*, eller om også rettslige sanksjoner rettet mot selskapet som sådant kan omfattes. Flere forhold taler for at unntaket er begrenset. For det første er *Jalloh* meget konkret begrunnet. Det tilsier at man bør være forsiktig med å analogisere fra den. Den er, så vidt vites, ikke fulgt opp av lignende avgjørelser fra EMD. *Jalloh* er også blitt kritisert for å være svakt begrunnet.<sup>311</sup> En av innvendingene er at vernet mot selvinkriminering ikke er et selvstendig vern mot fysiske og psykiske integritetskrenkelser. Øyen fremholder at ”mistenktes berettigede interesse der det er spørsmål om å benytte ham som et undersøkelsesobjekt, er beskyttelse av den fysiske og psykiske integritet samt sikring av en intimsfære. Disse interessene ivaretas gjennom

---

<sup>307</sup> Rt. 2011 s. 800 (60).

<sup>308</sup> Øyen (2010) s. 143.

<sup>309</sup> *Jalloh v. Germany* (2006) §§ 113-115.

<sup>310</sup> *Kontakt-Information-Therapie* og *Hagen v. Austria* (1988), *Emberland* (2006) s. 63.

<sup>311</sup> *Birdling* (2008) s. 62, Øyen (2010) s. 144. Aall (2007) s. 361 skriver at det er ”vanskelig å se at fremskaffelsen skjedde via den anklagedes vilje”.

EMK art. 3 og 8.”<sup>312</sup> Anvendelsen av selvinkrimineringsvernet kan forklares som en måte å effektivisere beskyttelsen av disse interessene i situasjoner der det er usikkert om EMK artikkel 3 er krenket. En slik effektivitetsbetraktning er lite aktuell i forbindelse med rettslige sanksjoner.<sup>313</sup> Jeg finner på den bakgrunn at Jalloh-unntaket må begrenses til fysiske og psykiske integritetskrenkelser.<sup>314</sup> Et selskap som sådant kan ikke utsettes for denne typen maktbruk, og unntaket er dermed ikke overførbart.

Et tredje spørsmål er *om selskapet kan påberope umenneskelig eller andre overgrep der tvangen er utøvd mot selskapsrepresentantene*. Dette er et spørsmål om identifikasjon. Jeg antok tidligere at selskapet i utgangspunktet kan påberope slik tvang. Dette kan imidlertid stille seg annerledes der tvangen krenker andre bestemmelser etter konvensjonen. Som vi har sett i kapittel 2, begrunnes identifikasjon blant annet med et effektivt rettighetsvern. Slike effektivitetsbetraktninger gjør seg bare i liten grad gjeldende ved umenneskelig tvang, ettersom individet vil ha et selvstendig vern etter EMK artikkel 3. I den grad Jalloh-unntaket omfatter tvangshandlinger som grenser opp til, men ikke oppfyller, EMK artikkel 3,<sup>315</sup> vil selskapsrepresentanten i mange tilfeller kunne påberope EMK artikkel 8.<sup>316</sup> Dermed vil selskapet ikke nødvendigvis tilfredsstille offerkravet etter EMK artikkel 34, all den tid selskapet ikke er direkte og personlig påvirket av handlingen som påstås å krenke konvensjonen.<sup>317</sup>

Dette kan riktig nok stille seg annerledes der det er tale om å bruke et fremtvungent reelt bevismiddel i avgjørelse av straffeanklage mot selskapet. I slike situasjoner kan

---

<sup>312</sup> Øyen (2010) s. 144.

<sup>313</sup> Øyen (2010) s. 143.

<sup>314</sup> Øyen (2010) s. 143.

<sup>315</sup> Rt. 2011 s. 487 (35) nevner både tvang som er ”umenneskelig” og tvang som ”på annen måte ha[r] karakter av overgrep”. Det er uklart om sontringen innebærer at også tvang som ikke kvalifiserer etter EMK artikkel 3, etter Høyesteretts syn omfattes av Jalloh-unntaket. Øyen (2010) s. 143 argumenterer for at også tvang som grenser opp til artikkel 3 bør være omfattet.

<sup>316</sup> Øyen (2010) s. 144.

<sup>317</sup> Vatan v. Russia (2004) §§ 38-54. EMD har også slått fast at en forening ikke kan klage på at et eller flere medlemmer har vært utsatt for en krenkelse, med mindre den fremmer klagen på vegne av medlemmene og i henhold til fullmakt, jf. Jens Thuesen Lauridsen and others v. Denmark (1998), L’Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and others v. France (2000).

man imidlertid anta at selskaper vil forankre en anførsel om bevisavskjæring direkte i ”fairness”-garantien etter artikkel 6. EMD har i flere saker hvor bevis har vært fremtvunget i strid med artikkel 3, forankret drøftelsen direkte i ”fairness”-kravet - uten å drøfte vernet mot selvinkriminering.<sup>318</sup> Jeg finner det derfor ikke nødvendig å konkludere på om selskaper i slike situasjoner i tillegg er beskyttet av et selvinkrimineringsvern.<sup>319</sup>

Forutsatt at Jalloh-unntaket kan påberopes av selskaper, er det verdt å understreke at unntaket neppe er aktuelt i forbindelse med lovlig tilsynsvirksomhet.<sup>320</sup> Legalitetsprinsippet krever klar lovhjemmel for tvangsinngrep av denne karakter.<sup>321</sup> Tilsynsorganene har i utgangspunktet ikke slike hjemler for å utøve tvangsmakt.<sup>322</sup> Når det gjelder politiets myndighet til å utøve makt i forbindelse med tilsynsvirksomhet, kan spørsmålet besvares i to trinn.

Politiet vil for det første alltid ha sin kompetanse etter politiloven og straffeprosessloven i behold.<sup>323</sup> I henhold til politiloven § 7 jf. § 6 fjerde ledd kan politiet i mange tilfeller anvende makt under tjenesteutøvelsen, såfremt maktbruken er nødvendig og forsvarlig. Etter politiloven § 7 første ledd nr. 2 og 3 kan politiet eksempelvis anvende makt for å avverge eller stanse lovbrudd, og for å vareta enkeltpersoners eller allmennhetens sikkerhet. Disse bestemmelsene gir imidlertid ikke adgang til å foreta såkalte kroppslige undersøkelser, for eksempel undersøkelser av kroppens hulrom. Slike undersøkelser kan bare foretas innenfor rammen av straffeprosessloven § 157. Bestemmelsen gir politiet en nærmere fastsatt adgang til å foreta ”kroppslig undersøkelse” av ”[d]en som med skjellig grunn mistenkes for en

---

<sup>318</sup> Harutyunyan § 67, Hazi Özen v. Turkey (2007), Söylemez c. Turquie (2006). I Jalloh v Germany (2002) drøftes fairness-kravet etter EMK artikkel 6 først, selvinkrimineringsvernet sekundært.

<sup>319</sup> Se Torgersen (2008) s. 204.

<sup>320</sup> I norsk rettspraksis finnes det ingen eksempler på beviserverv som er skjedd gjennom krenkelse av EMK artikkel 3, med unntak av en enkeltstående avgjørelse fra krigsoppgjøret i Rt. 1948 s. 46. Se nærmere Torgersen (2008) s. 203.

<sup>321</sup> Rt. 2010 s. 612 (27).

<sup>322</sup> Se for eksempel konkurranseloven § 25.

<sup>323</sup> Stub (2011) s. 304.

handling som etter loven kan medføre frihetsstraff”.<sup>324</sup> Den hjemler ikke kroppsundersøkelse av andre enn mistenkte.<sup>325</sup> Ettersom selskaper ikke kan idømmes frihetsstraff, vil politiet ikke ha kompetanse til å foreta fysiske tvangsinngrep overfor personer tilknyttet selskapet.<sup>326</sup>

Det andre trinnet gjelder politiets kompetanse til å anvende makt som bistandsorgan. De rettslige rammene for slik bistand må bero på en tolkning av den loven som det aktuelle tilsynsorganet utleder sin myndighet fra, jf. politiloven § 2 nr. 5.<sup>327</sup> Disse grunnlagene vil neppe hjemle tvangsbruk overfor selskapsrepresentanter av en slik karakter som Jalloh ble utsatt for.<sup>328</sup>

Dette kan illustreres med følgende eksempel: Dersom daglig leder i et selskap under Konkurransetilsynets bevissikring skulle svelge et avtaledokument om prissamarbeid, vil tilsynet ikke selv ha hjemmel for å foreta tvangspumping av vedkommende slik Jalloh ble utsatt for i Tyskland. Konkurransetilsynet har ikke tvangsmakt, og må i tilfelle få bistand fra politiet, jf. konkurranseloven § 25 tredje og fjerde ledd, jf. politiloven § 2 nr. 5. Politiets kompetanse som bistandsorgan er saklig begrenset til ”å iverksette beslutningen om bevissikring”, jf. § 25 tredje ledd, som må skje innenfor rammen av § 25 første ledd. Bestemmelsen fastsetter at tilsynet kun kan ta med seg bevis fra ”lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse”. Uttrykket ”oppbevaringssteder” kan i lys av oppstillingen i bestemmelsen ikke antas å omfatte kroppens innvendige og utvendige hulrom. Politiet vil altså ikke ha hjemmel etter bistandsreglene for å foreta tvangspumping eller andre fysiske tvangsinngrep.

Hertil kommer at politiet uansett vil være avskåret fra handlinger som er forbudt etter EMK artikkel 3, jf. forrangsregelen i menneskerettighetsloven § 3.<sup>329</sup> Jalloh-unntaket

---

<sup>324</sup> Adgangen til å foreta kroppslige undersøkelser er nærmere utdypet i påtaleinstruksen kapittel 10.

<sup>325</sup> Rundskriv fra Justisdepartementet, G-1985-205.

<sup>326</sup> Jeg tilføyer at straffeprosessloven § 157 får anvendelse der selskapsrepresentanten selv mistenkes for en handling sanksjonert med frihetsstraff. Da vil vedkommende imidlertid kunne påberope sitt eget selvinkrimineringsvern, en situasjon som ligger utenfor oppgavens tema.

<sup>327</sup> Stub (2011) s. 306.

<sup>328</sup> F. eks. konkurranseloven § 25, akvakulturloven § 25.

<sup>329</sup> I politiinstruksen § 3-1 er det for øvrig presisert at tjenesteutøvelsen alltid skal være basert på respekt for de grunnleggende menneskerettighetene og det enkelte menneskets verdighet.



kan dermed bare overføres på selskaper i forvaltningsstraffeprosessen dersom myndighetspersoner går utenfor grensene for det lovlige. Selv i slike tilfeller må det antas at det skal svært mye til før effektivitetsbetraktninger skulle tilsi at selskapet som sådant kan påberope sitt eget selvinkrimineringsvern. Jeg ser derfor bort fra Jalloh-unntaket i den videre fremstillingen.

#### 4.4 Selvinkrimineringsvernet som bevisforbud

Der selskapets organer eller representanter gir etter for tvangen og avgir forklaring eller utleverer dokumenter m.v., kan man spørre om selvinkrimineringsvernet vil være til hinder for bruk av opplysningene for å avgjøre straffeanklagen. EMDs praksis har typisk omhandlet administrativt fremtvungne opplysninger brukt i en etterfølgende ordinær straffesak.<sup>330</sup> Terminologien er således utviklet med tanke på bevisførsel i tradisjonelle straffesaker. Det er likevel neppe grunnlag for å sonde mellom bruk i ordinær straffesak og administrativ sanksjonssak.<sup>331</sup> Det følger av avhandlingens tema at det er den siste brukssituasjonen som er tema her.<sup>332</sup>

Bevisforbudet for så vidt gjelder fysiske personer har et vidt virkeområde.<sup>333</sup> Til forskjell fra selvinkrimineringsvernet som skranke for fremtvingelse, er virkeområdet for bevisforbudet ikke begrenset til opplysninger fremtvunget fra og med anklagetidspunktet. Også opplysninger fremtvunget forut for straffeanklagen kan bli avskåret i en senere brukssituasjon. Den grunnleggende avgjørelsen her er *Saunders*. Opptakten var britiske kontrollmyndigheters administrative undersøkelser av mulig kursmanipulering i forbindelse med selskapsfusjon. Saunders, direktør for et av selskapene (Guinness PLC), avga forklaringer overfor kontrollmyndighetene under trussel om to års fengsel for forklaringsnekt.<sup>334</sup> Forklaringene ble i en etterfølgende

---

<sup>330</sup> Saunders v. UK (1996).

<sup>331</sup> NOU 2003: 15 s. 107, punkt 5.7.12.4.

<sup>332</sup> Schea (1995) skriver utførlig om informasjonsflyt fra noen kontrollorganer til politiet i tilknytning til etterforskning av økonomisk kriminalitet.

<sup>333</sup> Øyen (2010) s. 253.

<sup>334</sup> Saunders v. UK (1996) § 50.

straffesak brukt ”in a manner which sought to incriminate the applicant”.<sup>335</sup> EMD konstaterte at selv om forklaringene var avgitt forut for anklagetidspunktet, utelukket ikke det ”their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the right”.<sup>336</sup>

EMD kom altså til motsatt resultat av Høyesterett i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepapp), avsagt to år tidligere. I Bølgepapp-saken la Høyesterett til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke ga grunnlag for å begrense bruken av inkriminerende opplysninger avgitt under straffesanksjonert opplysningsplikt forut for anklagetidspunktet. I Rt. 2007 s. 938 (42) modifiserte Høyesterett dette standpunktet. Høyesterett uttalte at det ”i dag ikke [kan] trekkes noe skarpt skille mellom forklaringer avgitt på kontroll- og undersøkelsesstadiet og forklaringer avgitt under straffesak. Også bruk i straffesak av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan krenke vernet mot selvinkriminering”.<sup>337</sup> I NOU 2003: 15 og i juridisk litteratur er det likevel antatt at anklagetidspunktet som skjæringspunkt vil kunne ha betydning for om bruken av opplysningen er ”fair”.<sup>338</sup>

Et minstevilkår for at bevisforbudet skal få anvendelse, er at opplysningen er fremtvunget på en måte som etter sin art er omfattet av selvinkrimineringsvernet, se punkt 4.3.<sup>339</sup> Formålet med innhenting spiller imidlertid ingen rolle for bevisforbudets virkeområde, skjønt nærheten til straffeanklagen vil kunne ha betydning ved vurderingen av om det vil innebære en konvensjonskrenkelse å bruke beviset som avgjørelsesgrunnlag.<sup>340</sup> Det er grunn til å presisere at bevisforbudet ikke innebærer noen skranke for fremtvingelse av opplysninger forut for anklagetidspunktet. Det er bare bruken av dem som potensielt kan begrenses.

---

<sup>335</sup> Saunders v. UK (1996) § 69.

<sup>336</sup> Saunders v. UK (1996) § 74.

<sup>337</sup> Rt. 2007 s. 932 (42).

<sup>338</sup> Se NOU 2003: 15 s. 103, Torgersen (2008) s. 245, Kjølbro s. 502, Aall (2007) s. 224. Øyen (2010) s. 269-270 mener man bør være forsiktig med å tillegge anklagetidspunktet som skjæringspunkt stor vekt.

<sup>339</sup> Øyen (2010) s. 255.

<sup>340</sup> Øyen (2010) s. 255.

Et argument mot at selskaper skulle ha et slikt vern, er at det formelt sett ikke vil være det samme individet som på fremtvingelsestidspunktet ga etter for tvang, som risikerer straff i forbindelse med bruken.<sup>341</sup> Samtidig må det antas at individer innenfor den kretsen som selvinkrimineringsvernet for selskaper anses å omfatte, regelmessig vil bli berørt av at beviset senere brukes. Selskapers vern mot fremtvingelse ville også blitt underminert om selskaper ikke skulle ha et vern mot bruk av fremtvungne bevis. Jeg legger derfor til grunn at selskaper kan påberope selvinkrimineringsvernet som grunnlag for bevisavskjæring. Hvorvidt en slik påberopelse kan tenkes å føre frem, vil bli drøftet i del III.

#### 4.5 Hvilken type informasjon er vernet?

Jeg har hittil talt noe upresist om selvinkriminerende opplysninger. Problemstillingen i dette punktet er hvilken type informasjon som må anses selvinkriminerende og dermed omfattet av et vern for selskaper. EMD har i relasjon til fysiske personer lagt til grunn at vernet mot selvinkriminering kan omfatte enhver opplysning som brukes ”in support of the prosecution case”.<sup>342</sup> I *Saunders* heter det:

“In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility.”<sup>343</sup>

Saunders-saken gjaldt bruk av allerede fremtvungne opplysninger. Storkammerets uttalelse om typen av informasjon er fulgt i senere praksis. Den er dermed retningsgivende for hvilken type informasjon som er omfattet av bevisforbudet etter EMK.

---

<sup>341</sup> Situasjoner der individet er anklaget i tillegg til selskapet holdes utenfor.

<sup>342</sup> Øyen (2010) s. 151.

<sup>343</sup> *Saunders v. UK* (1996) § 71.

Der det er tale om å fremtvinge opplysninger, er utgangspunktet at hver enkelt opplysning vurderes for seg.<sup>344</sup> En opplysning vil være vernet så lenge anklagede ikke kan utelukke ("could not exclude") at opplysningen kan få betydning for straffesaken.<sup>345</sup> I *Shannon v UK* har EMD modifisert dette utgangspunktet for så vidt gjelder avhør der det er meget høy sannsynlighet for at klager ville bli stilt spørsmål "in connection with events in respect of which he had already been charged".<sup>346</sup> Selvinkrimineringsvernet for fysiske personer favner altså bredt med hensyn til typen informasjon vernet på fremtvingelsesstadiet og ved senere bruk.<sup>347</sup>

Har *selskaper i administrative sanksjonssaker et like vidt vern*? Sanksjonsutvalget synes å legge det til grunn. I forslaget til ny § 53 i forvaltningsloven er selskaper og fysiske personer gitt samme vern mot å avtvinges informasjon som "vil kunne utsette" vedkommende for administrativ sanksjon eller straff".<sup>348</sup> Formuleringen skal ifølge utvalget forstås på samme måte som den tilsvarende formuleringen i straffeprosessloven § 123.<sup>349</sup> Det innebærer at det må være en forholdsvis nærliggende mulighet for at besvarelsen av spørsmålet kan utsette selskapet for sanksjon eller straff, en teoretisk mulighet er ikke nok.<sup>350</sup> Også spørsmål hvor svaret vil kunne styrke en mistanke, vil være omfattet.<sup>351</sup>

EU-domstolen har lagt seg på en langt mer begrenset linje. Etter EU-retten kan et foretak bare nekte å svare på spørsmål "which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove".<sup>352</sup> Foretak har intet vern mot å fremskaffe "information concerning such facts as

---

<sup>344</sup> *Serves v. France* (1997) § 47, NOU 2003: 15 s. 106, Rt. 1997 s. 1303, Torgersen (2008) s. 234.

<sup>345</sup> *JB v. Switzerland* (2001), § 66.

<sup>346</sup> *Shannon v UK* (2005) § 38 jf. Torgersen (2008) s. 234

<sup>347</sup> Øyen (2010) s. 152.

<sup>348</sup> NOU 2003: 15 punkt 26.2.4.

<sup>349</sup> NOU 2003: 15 punkt 26.2.4.

<sup>350</sup> Ot.prp. nr. 28 (1950) s. 21-22, Rt. 1984 s. 1113 og Rt. 1995 s. 289.

<sup>351</sup> Rt. 1997 s. 1303.

<sup>352</sup> *Mannesmannröhren-Werke v. Commission* (2001) § 65, *Orkem v. Commission* (1989) § 35.

may be known to it”.<sup>353</sup> Det skilles altså mellom pålegg om faktaopplysninger og pålegg om å gjøre vurderinger.<sup>354</sup> Kommisjonen kan for eksempel stille spørsmål om dato og sted for møter, deltagende virksomheter og navn på deres representanter, men ikke formålet med et møte eller hvilke beslutninger som ble truffet der.<sup>355</sup> Foretak har som nevnt heller intet vern mot utlevering av selvinkriminerende dokumenter.<sup>356</sup> Begrensningene er begrunnet i en avveining av hensynet til selskapets rettssikkerhet og hensynet til effektiv håndhevelse av konkurranserettens regler.<sup>357</sup> I *Mannesmannrohren Werke* uttaler EU-domstolen at en absolutt taushetsrett for foretak ”would constitute an unjustified hindrance to the Commission’s performance of its duty [...] to ensure that the rules on competition within the common market are observed”.<sup>358</sup>

Konkurranselovutvalget tar i NOU 2012: 7 til orde for tilsvarende begrensninger i selskapers vern mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6. Utvalget mener EU-domstolens avgrensning fremstår som en ”praktikabel avveining mellom hensynet til foretakene og hensynet til etterforskningens effektivitet”.<sup>359</sup> Synspunktet er også fremmet i litteraturen.<sup>360</sup> EU-domstolen har for egen del slått fast at selvinkrimineringsvernet etter EU-retten for foretak på konkurranserettens område er i samsvar med EMK.<sup>361</sup>

Flere steder er det også antatt at EU-domstolens omfattende praksis om selvinkrimineringsvernet for selskaper, vil kunne ha innflytelse på tolkningen av EMK

---

<sup>353</sup> *Mannesmannröhren-Werke v. Commission* (2001) § 65, *Orkem v. Commission* (1989) § 34, *Solvay v. Commission* (1989).

<sup>354</sup> Torgersen (2008) s. 239, se *Mannesmannrohren Werke v Commission* (2001) § 71.

<sup>355</sup> *Mannesmannröhren-Werke v. Commission* (2001).

<sup>356</sup> *Mannesmannröhren-Werke v. Commission* (2001) § 65, *Orkem v. Commission* (1989) § 34.

<sup>357</sup> MacCulloch (2006) s. 237.

<sup>358</sup> *Mannesmannrohren-Werke v. Commission* (2001) § 66.

<sup>359</sup> NOU 2012: 7 pkt. 7.3.4.2. Utvalget viser også til at selskaper i praksis ikke vil ha et vern mot utlevering av dokumenter og andre gjenstander, jf. Rt. 2011 s. 800 og Rt. 2011 s. 487. Som drøftet over, kan Høyesteretts syn på utleveringspålegg neppe opprettholdes i lys av EMDs praksis.

<sup>360</sup> Wils (2003) s. 13.

<sup>361</sup> *Tokai Carbon v. Commission* (2004) §§ 404-406, se *Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission* (2002) § 274.

artikkel 6.<sup>362</sup> EMD har i enkelte andre saker anvendt EU-domstolens praksis og tillagt den vekt.<sup>363</sup> Motsatt vil den løsningen som følger av EMK ha stor vekt ved tolkningen av EU-retten.<sup>364</sup> Det følger av Traktaten om Den Europeiske Union (TEU) artikkel 6 nr. 3,<sup>365</sup> samt Charteret om grunnleggende rettigheter, artikkel 52 nr. 3.<sup>366</sup> Man kan dermed ikke utelukke at EU-rettens snevre vern i konkrete tilfeller er kompatibelt med EMK der den anklagede er et selskap.<sup>367</sup>

På den annen side bør man være forsiktig med å legge for stor vekt på EU-rettens avgrensning, sett hen til at EU-rettens vern er etablert forut for og uavhengig av vernet etter EMK artikkel 6.<sup>368</sup> Vernet etter EU-retten er forankret i et annet rettsgrunnlag og begrunnelse, i det fellesskapsrettslige kontradiksjonsprinsippet. EMDs storkammer har i tillegg eksplisitt tatt avstand fra en skarp avgrensning av vernet til tilståelser og direkte inkriminerende uttalelser, under henvisning til ”the concept of fairness in Article 6”.<sup>369</sup> Effektivitetsprinsippet tilsier at EMD ikke vil legge avgjørende vekt på at det formelt er et selskap og ikke en fysisk person som står anklaget og risikerer inkriminering.<sup>370</sup>

Det er derfor mest nærliggende å anta at grensedragningen med hensyn til typen av informasjon som er vernet for selskaper, vil foretas i forbindelse med den materielle

---

<sup>362</sup> Rt. 2011 s. 800 (47), NOU 2012: 7 pkt. 7.3.4.2, NOU 2003: 12 s. 188 (flertallet), Wils (2003) s. 577.

<sup>363</sup> I *Aristimuño Mendizabal c. France* (2006) § 69 heter det for eksempel at artikkel 8 skal tolkes i lys av EU-retten (”l’article 8 doit être interprété en l’espèce à la lumière du droit communautaire”).

<sup>364</sup> Se Andreangeli (2008) s. 7-9, Stub (2011) s. 148, Sejersted m.fl. (2004) s. 65.

<sup>365</sup> Bestemmelsen fastslår at de grunnleggende rettigheter etter EMK utgjør ”generelle prinsipper i EU-retten”. TEU artikkel 6 nr. 2 åpner også for at EU i fremtiden kan slutte seg til EMK i fremtiden.

<sup>366</sup> Bestemmelsen fastslår at EU-rettigheter tilsvarende EMK-rettigheter har ”samme betydning og omfang”, med mindre EU-retten gir ”en mer omfattende beskyttelse”. Charteret er juridisk bindende på samme måte som traktatene, jf. TEU artikkel 6 nr. 1.

<sup>367</sup> Wils (2003) s. 13.

<sup>368</sup> EU-domstolen innfortolket selvinkrimineringsvernet i det fellesskapsrettslige kontradiksjonsprinsippet i *Orkem* 1989, fire år før EMD i *Funke* innfortolket et vern etter EMK artikkel 6. EU-domstolen la opprinnelig til grunn at det ikke gjaldt et vern etter EMK artikkel 6.

<sup>369</sup> *Saunders v. UK* (1996) § 71.

<sup>370</sup> Det kan spørres om det beskårne vernet for selskaper etter EU-retten har sammenheng med EU-domstolens uttalte syn på selskaper som ”creatures of state law”, en fiksjonsteoretisk tilnærming i kontrast til EMD-domstolens ”real entity”-orienterte praksis.

vurderingen av om vernet er krenket, og ikke allerede i avgrensningen av vernets anvendelsesområde. Et av momentene i den materielle vurderingen er nettopp omfanget og arten av opplysningene som kreves gitt.<sup>371</sup> I denne vurderingen vil det muligens kunne ha betydning hva slags selskap som står anklaget og hvilke bånd det er til de fysiske personene i selskapet.

I utgangspunktet må selskaper derfor ha et vern mot fremtvingelse og bruk av både direkte og indirekte selvinkriminerende opplysninger.

#### 4.6 Oppsummering

Anvendelsesområdet for selskapers selvinkrimineringsvern i forvaltningsstraffeprosessen kan sammenfattes slik: Selskaper har et vern mot opplysningspålegg under trussel om eller ileggelse av overtredelsesgebyr, men intet vern mot ikke-sanksjonerte pålegg. Selskaper har i utgangspunktet heller intet vern mot pålegg sanksjonert med tvangsmulkt. Med hensyn til arten av fremtvingelsesmidler, vil selskaper være vernet mot forklaringspålegg rettet mot personer som kan representere selskapet. Selskaper vil også ha et vern mot utleveringspålegg hvor selskapet må yte aktiv bistand med å finne frem til aktuelle dokumenter m.v. Selskaper har på den annen side intet vern mot bistandsplikter, og intet praktisk vern mot fremtvingelse av realmateriale gjennom umenneskelig tvang eller andre former for overgrep. For så vidt gjelder selvinkrimineringsvernet som grunnlag for bevisavskjæring, er selskaper trolig vernet i samme utstrekning som individer. Når det gjelder typen av informasjon som er omfattet av vernet, antas dette i utgangspunktet å være likt som for fysiske personer. Samlet kan man likevel legge til grunn at anvendelsesområdet for selskapers selvinkrimineringsvern er snevrere enn for individer.

---

<sup>371</sup> Se punkt 5.2.1.3.

## DEL III – KRENKELSE AV VERNET

### 5 Hvor inngripende er fremskaffelsen eller bruken?

#### 5.1 Innledning

Så langt har avhandlingen forsøkt å avgrense selvinkrimineringsvernets ytre rekkevidde for selskaper. Hadde selvinkrimineringsvernet vært absolutt, kunne man stanset her. Det er det imidlertid ikke. Omfanget av beskyttelsen etter EMK artikkel 6 beror etter EMDs praksis på de konkrete omstendigheter.<sup>372</sup> I *O'Halloran and Francis* uttalte storkammeret at "what constitutes a fair trial cannot be subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case."<sup>373</sup>

I saker om fremtvingelse av opplysninger, vurderer EMD om myndighetene har utøvd "improper" tvang som har "extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination".<sup>374</sup> Vurderingsnormen er med andre ord *om det er foretatt utilbørlig tvang som tilintetgjør kjernen av selvinkrimineringsvernet*.<sup>375</sup> I saker om avskjæring av fremtvungne selvinkriminerende bevis, er vurderingsnormen *om prosessen i sin helhet er "fair"*. I denne vurderingen inngår den førstnevnte normen som et av to sentrale elementer. Det andre elementet knytter seg til måten det fremtvungne beviset blir brukt på. De to situasjonene kan derfor til en viss grad behandles i sammenheng.<sup>376</sup>

---

<sup>372</sup> *O'Halloran and Francis v. UK* (2002) § 53.

<sup>373</sup> *O'Halloran and Francis v. UK* (2002) § 53.

<sup>374</sup> *Bykov v. Russia* (2009) § 92, *Zaichenko v. Russia* (2010) § 38, *Pavlenko v. Russia* (2010) § 100.

<sup>375</sup> Christoffersen (2011) s. 440.

<sup>376</sup> *O'Halloran and Francis v. UK* (2002) § 44, se punkt 1.5.



I *O'Halloran and Francis* ble vurderingskriteriene for begge situasjoner oppsummert som (1) “the nature and degree of the compulsion”, (2) “the existence of any relevant procedural safeguards” og (3) “the use to which any material so obtained is put”.<sup>377</sup> Der saken gjelder fremtvingelse, ser EMD simpelthen bort fra det siste kriteriet.<sup>378</sup> I punkt 5.2 undersøker jeg når fremtvingelse overfor et selskap kan anses å utgjøre utilbørlig tvang som utsletter kjernen av selvinkrimineringsvernet. Her ser jeg på de to første kriteriene om tvangens grad og natur, samt prosessuelle garantier. I punkt 5.3 undersøker jeg når bruk av fremtvungent bevis overfor et selskap medfører at prosessen i sin helhet er ”unfair”. Her ser jeg på det siste kriteriet om bruken av beviset.

Krenkelsesvurderingen er imidlertid ikke uttømt med dette. Innbakt i kravet om at fremgangsmåten må ha utslettet selve kjernen av vernet, ligger den grunnleggende avveiningen mellom hensynet til individet og hensynet til samfunnet. EMD har således vektlagt mer relativiserte momenter, så som offentlig interesse og implisitt samtykke. Jeg utskyter drøftingen av disse momentene til kapittel 6.

## 5.2 Vurderingen av fremtvingelsen – utilbørlig tvang?

### 5.2.1 Naturen og graden av tvang

#### 5.2.1.1 Direkte eller indirekte tvang

Det første momentet EMD ser på under kriteriet ”nature and degree”, er hvorvidt tvangen er direkte eller indirekte. Indirekte tvang forekommer eksempelvis der anklagede har rett til ikke å svare på spørsmål, men samtidig vet at taushet kan tale mot ham.<sup>379</sup> Slik indirekte tvang er ikke i seg selv nok til å konstatere krenkelse, og vil ikke bli behandlet nærmere her. Direkte tvang er for eksempel trusler om bøter eller

---

<sup>377</sup> *Jalloh v. Germany* (2006) § 101 med tilslutning fra storkammeret i *O'Halloran and Francis v. UK* (2007) § 55. Se *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain* (1999).

<sup>378</sup> *Lückhof and Spanner v. Austria* (2008) § 59, *O'Halloran and Francis v. UK* (2007) § 61 konstaterte domstolen at “neither applicant furnished the information the authorities sought to obtain. Consequently, no issue arises as regards the use of their statements in the underlying criminal proceedings”.

<sup>379</sup> *John Murray v. UK* (1996) § 50.

gebyrer,<sup>380</sup> eller ileggelse av slike sanksjoner.<sup>381</sup> EMD har som regel funnet krenkelse av selvinkrimineringsvernet ved direkte tvang.<sup>382</sup> Direkte tvang medfører imidlertid ikke automatisk krenkelse av vernet.<sup>383</sup> Det er snarere gjenstand for en konkret og relativ vurdering.<sup>384</sup> I konkurranseretten og akvakulturretten vil et selskap kunne utsettes for direkte tvang i form av overtredelsesgebyr og tidvis tvangsmulkt, jf. konkurranseloven §§ 29 c og 28, og akvakulturloven §§ 30 og 28.

#### 5.2.1.2 Graden av tvang

Det andre momentet EMD vektlegger er graden av tvang. Her ser EMD blant annet på størrelsen av sanksjonen og arten av sanksjonen.<sup>385</sup> Et gebyr eller en mulkt, som etter sin art er ”non-custodial”, utgjør mindre grad av tvang enn frihetsberøvelse.<sup>386</sup> Hertil kommer at administrative sanksjoner ikke er innenfor kjernestrafferetten. I en sak om tilleggsskatt har EMD uttalt at administrative sanksjoner “differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency”.<sup>387</sup> Synspunktet har overføringsverdi til administrative tvangstiltak overfor selskaper. Slike tvangstiltak vil dermed etter sin art være mindre inngripende.

Når det gjelder størrelsen på sanksjonen, ser EMD både på strafferammen og på faktisk ilagt sanksjon.<sup>388</sup> Domstolen foretar gjerne en sammenligning med andre saker. Bøter i størrelsesorden ca. 1446-2180 euro, med henholdsvis subsidiær fengselsstraff eller

---

<sup>380</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 57.

<sup>381</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 57, Heaney and McGuinness v. Ireland (2001) § 49.

<sup>382</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 53. EMD fant krenkelse i samtlige saker om direkte tvang frem til juni 2007.

<sup>383</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 53: “It does not, however, follow that any direct compulsion will automatically result in a violation.”

<sup>384</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 53, Rt. 2011 s. 800 (57, 58).

<sup>385</sup> Øyen (2010) s. 153.

<sup>386</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 58 med henvisning til Lord Bingham i Brown v. Stott (2001).

<sup>387</sup> Jussila v. Finland (2006) § 43, Bendenoun v. France (1994) § 46, Janosevic v. Sweden (2002) § 81.

<sup>388</sup> Lückhof and Spanner v. Austria (2008) § 54.

prikkbelastning i førerkortet, er blitt ansett *moderate* i relasjon til fysiske personer.<sup>389</sup> Slik moderat tvang har i relasjon til fysiske personer ikke vært utilbørlig.<sup>390</sup>

Hvorvidt sanksjoner av en gitt størrelse utgjør utilbørlig tvang, må trolig bedømmes ut fra det anklagede selskapets betalingsevne. Rett nok har ikke klagers økonomi vært et tema etter praksis fra EMD. En formålsorientert tolkning tilsier likevel at betalingsevnen spiller inn. Spørsmålet er hele veien om størrelsen på sanksjonen medfører at selskapet er under en slik grad av direkte tvang at selvinkrimineringsvernet trås for nært. Hvorvidt et overtredelsesgebyr eller en tvangsmulkt av en gitt størrelse øver et slikt press på et selskap, kan stille seg annerledes der selskapets styrende organer oppfatter dette som en bagatellmessig utgift, enn i selskap hvor mulkten eller gebyret er av betydning for selskapets fortsatte driftsmuligheter.<sup>391</sup>

I konkurranseretten kan selskaper ilegges overtredelsesgebyr for brudd på opplysningsplikten på inntil én prosent av selskapets omsetning, jf. konkurranseloven § 29.<sup>392</sup> Et gebyr opptil rammen på én prosent av omsetningen kan utgjøre en betydelig sum. Især gjelder dette om selskapet ilegges flere overtredelsesgebyr for ulike brudd på opplysningssvikt knyttet til samme sak. Selskaper kan også ilegges tvangsmulkt for brudd på den konkurranserettslige opplysningsplikten, jf. konkurranseloven § 28. Det er ikke gitt nærmere regler om utmåling. I de tre tidligere sakene hvor Konkurransetilsynet har ilagt tvangsmulkt, har mulkten ligget på mellom 2000-5000 kroner. En

---

<sup>389</sup> O'Halloran and Francis v. UK (2007) § 58, Lückhof and Spanner v. Austria (2008) § 54.

<sup>390</sup> O'Halloran and Francis v. UK (2007) § 58, Lückhof and Spanner v. Austria (2008) § 54.

<sup>391</sup> Overtredelsesgebyr ilagt selskaper kan etter omstendighetene bli meget betydelige. Tine BA og SAS er av konkurransemyndighetene ilagt overtredelsesgebyr på henholdsvis 45 millioner NOK og 20 millioner NOK. Gebyret mot Tine BA ble senere kjent ugyldig av Oslo tingrett. Overtredelsesgebyrene gjaldt rett nok ikke opplysningssvikt.

<sup>392</sup> Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2 første ledd bokstav c og d, med hjemmel i konkurranseloven § 29 sjetten ledd. I 2009 ble det utstedt 50 000 gebyrer for uriktig eller ufullstendig opplysninger til tilsynet. I 2010 og 2011 er det ikke gitt noen, jf. Konkurransetilsynets årsrapport 2011 s. 38.

engangsmulkt på et slikt nivå vil ikke utgjøre utilbørlig tvang overfor selskapet.<sup>393</sup> Heller ikke dagsmulfter på dette nivået vil normalt kunne utgjøre utilbørlig tvang.

Når det gjelder brudd på opplysningsplikten etter akvakulturloven § 24, kan Fiskeridirektoratet ilegge selskaper overtredelsesgebyr, jf. akvakulturloven § 30.<sup>394</sup> Utmåling av overtredelsesgebyr for opplysningssvikt er ikke nærmere regulert. Forskriften om reaksjoner for overtredelse av akvakulturloven § 11 gir likevel en viss veiledning. Bestemmelsen angir at overtredelsesgebyret skal fastsettes til 1, 3, 6 eller 10 G. Maksimalt overtredelsesgebyr får ikke overstige 15 G.<sup>395</sup> For store selskaper, som dominerer akvakulturnæringen, kan et overtredelsesgebyr av denne størrelsen vanskelig anses å utgjøre utilbørlig tvang i seg selv.<sup>396</sup> For mindre selskaper kan tvangselementet derimot bli mer fremtredende. Størrelsen på dagmulkt er 15 G dividert på 365.<sup>397</sup> Forhøyet dagmulkt utgjør 10 ganger dette nivået. Engangsmulkt skal være ”minst så høyt at det blir ulønnsomt å oversitte fristen”.<sup>398</sup> Som konkludert i kapittel 4 vil tvangsmulkt i utgangspunktet ikke utgjøre relevant tvang. Mulfter på dette nivået vil uansett ikke ha karakter av utilbørlig tvang.

#### 5.2.1.3 Omfanget av opplysningsplikten

Et tredje moment i henhold til EMDs systematikk er omfanget av de opplysningene som kreves.<sup>399</sup> EMD uttalte i O’Halloran and Francis-saken at “[a] further aspect of the compulsion applied in the present cases is the limited nature of the inquiry which the

---

<sup>393</sup> Sammenlign Allen v. UK (2002) hvor trussel om bot på 300 pund (2861 NOK eller 375 euro) ikke ble ansett å utgjøre utilbørlig tvang.

<sup>394</sup> Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr har imidlertid ikke blitt ustrakt benyttet. I brev 10. juni 2009 fra Fiskeridepartementet til Sivilombudsmannen, opplyste departementet at Fiskeridirektoratets regionkontorer til sammen har ilagt kun ca 20 overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30.

<sup>395</sup> Per i dag utgjør maksimalbeløpet 1 188 240 kroner.

<sup>396</sup> Marine Harvest ASA og Salmar ASA hadde i 2011 et resultat på henholdsvis 1 121,2 og 147 millioner norske kroner.

<sup>397</sup> Reaksjonsforskriften § 5. Dagmulkt er per i dag 3 255 kroner, forhøyet dagmulkt er på 32 554 kroner.

<sup>398</sup> Reaksjonsforskriften § 6.

<sup>399</sup> Rt. 2011 s. 800. Øyen (2010) s. 154 velger tilsynelatende en annen systematikk.

police were authorised to undertake.”<sup>400</sup> I den aktuelle saken kunne politiet bare kreve å få opplyst førerens identitet. EMD anså denne forklaringsplikten for å være av “limited nature” og dermed “markedly more restricted than in previous cases”.<sup>401</sup> Også i Lückhof and Spanner-saken vektla EMD forklaringsplikten begrensede art. Der heter det:

“In this context the Court reiterates that in the case of Weh (referred to above, § 24) it has already found that the requirement *to state a simple fact*, namely who the driver of the car was, was *not in itself incriminating*.”<sup>402</sup>

Fra det siterte kan man utlede at *typen* av informasjonen som kreves er av betydning. Dersom det bare kreves informasjon om enkle fakta (“simple fact”) eller ”visse elementer av betydning for straffansvaret”,<sup>403</sup> vil opplysningsplikten lettere kunne passere. Dette har en side til EU-domstolens skille mellom faktaopplysninger og innrømmelser eller vurderingspregede uttalelser om straffbare forhold.<sup>404</sup> Jeg konkluderte tidligere at EU-rettens snevre vern ikke kan anvendes direkte som målestokk for å avgrense selskapers selvinkrimineringsvern etter EMK artikkel 6. Det kan imidlertid ikke utelukkes at selskaper etter omstendighetene må tåle en mer inngående opplysningsplikt enn individer, og at EMD vil se hen til EU-rettens grensedragning her.

Et annet forhold av betydning er en rent kvantitativ vurdering av opplysningsplikten omfang. Det er riktig nok mindre treffende sett hen til verdighetshensynet bak selvinkrimineringsvernet, men lar seg forsvare i et rettssikkerhetsperspektiv.<sup>405</sup> EMD har i tidligere saker kommet til at opplysningsplikten omfang krenker vernet der anklagede blir gjenstand for ”extensive questioning” eller pålegges å utlevere

---

<sup>400</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 58, se Lückhof and Spanner v. Austria (2008) § 55.

<sup>401</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007) § 58.

<sup>402</sup> Lückhof and Spanner v. Austria § 55.

<sup>403</sup> Torgersen (2008) s. 239.

<sup>404</sup> Se punkt 4.5.

<sup>405</sup> Øyen (2011) s. 154.

”comprehensive information”.<sup>406</sup> Høyesterett formulerer det siste som et spørsmål om det dreier seg om en ”vidtgående begjæring om å fremlegge uspesifiserte dokumenter”.<sup>407</sup>

Sammenholder man dette spesifikasjonskravet med konkurranseloven § 24 annet ledd, kan man spørre om bestemmelsen hjemler en for vid og ubegrenset utleveringsadgang. Bestemmelsen gir tilsynet diskresjonær kompetanse til å kreve utlevert ”alle typer informasjon og bærere av slik informasjon”. Etter ordlyden kan tilsynet kreve utlevert uspesifisert informasjon og informasjonsbærere i et tilnærmet ubegrenset omfang. Forarbeidene tilsier imidlertid at det innfortolkes et beskjedent spesifikasjonskrav. I NOU 2012: 7 heter det at tilsynet ”til en viss grad” må ”spesifisere hva slags informasjon som kreves utlevert”.<sup>408</sup> Det er samtidig intet krav om at tilsynet må angi konkrete dokumenter eller gjenstander.<sup>409</sup> Et slikt spesifikasjonsnivå er trolig ikke i samsvar med selvinkrimineringsvernet.

Ved den fornyede behandlingen av Petrolia-saken synes Gulating lagmannsrett å ha vektlagt graden av plunder og heft som etterlevelse av utleveringsbegjæringen ville medføre for selskapene. De aktuelle dokumentene var arkivert elektronisk og oppbevart hos selskapenes prosessfullmektig. Lagmannsretten uttaler at ”[u]lempen for selskapene ved fysisk å fremskaffe de etterspurte dokumenter fremstår som begrenset.”<sup>410</sup> Det er imidlertid tvilsomt om ulemper for selskapet er et relevant moment i vurderingen av om opplysningsplikten omfang krenker selvinkrimineringsvernet. Formålsbetraktninger tilsier ikke at merarbeid i seg selv er betenkelig, det sentrale er om selskapet gjennom merarbeid tvinges til å fremskaffe bevis mot seg selv. EMDs praksis gir så vidt vites

---

<sup>406</sup> Lückhof and Spanner v. Austria § 55 med henvisning til Funke v. France (1993) § 30, JB v. Switzerland (2001) § 39, Heaney and McGuinness (2000) § 24, Shannon v. UK (2005) § 23.

<sup>407</sup> Rt. 2011 s. 800 (61) med henvisning til O'Halloran and Francis v. UK § 58. I Gulating lagmannsretts kjennelse av 2. februar s. 21-22 ble det lagt vekt på at utleveringsbegjæringen overfor selskapene gjaldt ”spesifikt angitte dokumenter”. Lagmannsretten kom til at utleveringsbegjæringen ikke krenket selvinkrimineringsvernet, for det tilfelle at selskapene var anklaget i EMK artikkel 6-forstand.

<sup>408</sup> NOU 2012: 7, punkt 7.2.2.

<sup>409</sup> NOU 2012: 7, punkt 7.2.2.

<sup>410</sup> Gulating lagmannsretts kjennelse av 2. februar 2012 s. 22.

heller ikke grunnlag for å se på ulempene knyttet til utleveringsplikten som et selvstendig moment. Jeg legger etter dette til grunn at rene ulemper for selskapet ikke er relevant å ta i betraktning.

### 5.2.2 Prosessuelle garantier som kan redusere graden av tvang

Det andre kriteriet EMD vektlegger er i hvilken grad det foreligger relevante prosessuelle garantier som effektivt og tilstrekkelig kan sies å redusere graden av tvang.<sup>411</sup> En prosessuell garanti er bare relevant dersom anklagede er i stand til å dra effektivt nytte av den.<sup>412</sup> Dette vurderes helt konkret. I Jalloh-saken fant storkammeret at anklagedes manglende språkbeherskelse medførte at han ikke kunne nyttegjøre seg av de garantier som ellers ville beskyttet ham i fremtvingelsessituasjonen.<sup>413</sup> Det er antatt at den relative vekten av dette kriteriet i sterk grad avhenger av sakens alvor.<sup>414</sup> Ettersom saker om administrative sanksjoner rettet mot selskaper ligger utenfor kjernestrafretten, kan relevante prosessuelle garantier tenkes å få relativt sett stor betydning. Tar vi et skritt tilbake, kan kriteriet ses som et uttrykk for den nære sammenhengen mellom de ulike rettssikkerhetsgarantiene etter EMK artikkel 6. Et inngrep i den ene kan veies opp av en sterk beskyttelse gjennom andre garantier. Hvilke prosessuelle garantier er det så som kan redusere graden av tvang overfor selskaper i forvaltningsstraffeprosessen? Forvaltningsloven oppstiller flere minstekrav som synes aktuelle.

Det første av dem er *retten på advokatbistand*. EMD har fremhevet at tilgang til juridisk rådgivning og tilstedeværelse av anklagedes advokat under avhør, er spesielt viktige prosessuelle garantier.<sup>415</sup> Forvaltningsloven § 12 gir en part ”rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig på alle trinn av saksbehandlingen”. Pålegg om å gi forklaring etter for eksempel konkurranseloven § 24 eller akvakulturloven § 24 vil klart

---

<sup>411</sup> Heaney and McGuinness v. Ireland (2000) § 51.

<sup>412</sup> Jalloh v. Germany (2006) § 120.

<sup>413</sup> Jalloh v. Germany (2006) § 120.

<sup>414</sup> Torgersen (2008) s. 240.

<sup>415</sup> Desde v. Turkey (2011) § 127, Salduz v. Turkey (2008) § 54, Condron v. UK (2000) § 60.

nok være et trinn av saksbehandlingen som aktualiserer denne retten.<sup>416</sup> Forvaltningen vil i utgangspunktet ha plikt til å utsette gjennomføringen av forklaringsopptaket til en advokat eller annen fullmektig er tilkalt.<sup>417</sup> I forarbeidene er det gitt nærmere retningslinjer for når denne utsettelsesplikten inntreffer. Forutsetningen er at vedkommende kan komme uten at det volder ”unødig tidsspille eller annen ulempe for kontrollmyndighetene”.<sup>418</sup> Utsetting må vurderes konkret, under ”omsyn til om saken tåler utsetting, om parten tidligere har hatt rimelig tid og foranledning til å engasjere fullmektig m.m.”<sup>419</sup> I praksis vil Konkurransetilsynet ofte vente inntil en halv time med å gjennomføre forklaringsopptak, såfremt advokat er underveis.<sup>420</sup> At selskapet selv må bekoste advokatbistand etter forvaltningsloven § 12, kan ikke sies å utgjøre et relevant hinder, all den tid selskaper ofte har betydelige ressurser og muligheter til å nytte seg slik bistand. EMDs konkrete vurdering kan tilsi at selskaper med utstrakt tilgang på intern eller ekstern juridisk bistand må tåle mer vidtgående tvang før den virker utilbørlig for det aktuelle selskapet.

Et annet minstekrav er den *særskilte klageretten for opplysningspålegg*. EMD har tidligere vektlagt om klager hadde mulighet til å få saken overprøvd som en relevant prosessuell garanti.<sup>421</sup> Forvaltningsloven § 14 gir den som pålegges å gi opplysninger rett til å klage over pålegget ”dersom han mener at han ikke har plikt eller lovlig adgang til å gi opplysningene.”<sup>422</sup> Selskapet som part skal opplyses om denne retten. Av forarbeidene fremgår det at klageretten er ment å gi vedkommende en tredje valgmulighet mellom å etterkomme opplysningskravet eller risikere straffansvar ved å nekte.<sup>423</sup> Ut fra formålet er det altså tale om en prosessuell garanti for å redusere et utilbørlig tvangselement ved pålegget. Hertil kommer at en klage etter § 14 vil ha

---

<sup>416</sup> Wallevik og Teigum (2009) s. 685-686.

<sup>417</sup> Stub (2011) s. 253.

<sup>418</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 51.

<sup>419</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 51.

<sup>420</sup> Wallevik og Teigum (2009) s. 686.

<sup>421</sup> Se John Murray v. UK (1996).

<sup>422</sup> Høyesterett kom i Rt. 2011 s. 1433 til at et utleveringspålegg var en prosessledende avgjørelse som ikke kunne påklages av andre enn den utleveringspliktige.

<sup>423</sup> NUT 1958: 3 s. 171-173.



oppsettende virkning.<sup>424</sup> Klageretten vil dermed kunne bidra til å redusere det umiddelbare tidspresset ved et pålegg. Jeg legger etter dette til grunn at den særskilte klageretten utgjør en relevant prosessuell garanti som vil kunne redusere graden av tvang ved opplysningspålegg til selskaper.

En tredje prosessuell garanti er *informasjon til anklagede om selvinkrimineringsvernet* forut for gjennomføringen av et opplysningspålegg.<sup>425</sup> EMD har vektlagt informasjon om vernet som moment i vurderingen av om føring av beviset er fair.<sup>426</sup> Sanksjonsutvalget foreslår å innføre en generell plikt for forvaltningsorganet om å gjøre anklagede ”kjent med retten” til et vern mot selvinkriminering i forvaltningsloven § 53 annet punktum.<sup>427</sup> Utvalget anbefaler skriftlighet av notoritetshensyn.<sup>428</sup> Forslaget må anses å tilfredsstille de krav EMD har stilt. Konkurransetilsynet har allerede formalisert informasjonsplikten på følgende måte:

”[V]ed gjennomføringen av forklaringsopptak med styreleder og daglig leder [vil tilsynets representanter] innledningsvis redegjøre for vernet og dets rammer. [...] For å sikre overholdelse, notoritet og ensartet praksis har Konkurransetilsynet utarbeidet en egen protokoll som gjennomgås, hvor rettigheter og plikter fremgår. Protokollen leses opp og daglig leder og styreformann undertegner på at vedkommende er blitt gjort kjent med rettigheter og plikter, herunder selvinkrimineringsvernet.”<sup>429</sup>

Fiskeridirektoratet gir til sammenligning en muntlig orientering om selvinkrimineringsvernet når det foretas forklaringsopptak på stedet. En muntlig orientering må likevel anses tilstrekkelig såfremt det gjøres på en klar og utvetydig måte.<sup>430</sup>

---

<sup>424</sup> Forvaltningsloven § 14 femte punktum bestemmer at vedkommende forvaltningsorgan kan kreve at opplysningene blir gitt før klagesaken er avgjort, dersom forvaltningsorganer ”finner det påtrengende nødvendig for å gjennomføre sine oppgaver etter loven”. Se Aulstad (2010) s. 327.

<sup>425</sup> Øyen (2010) s. 191-192.

<sup>426</sup> *Zaichenko v. Russia* (2010) § 58.

<sup>427</sup> NOU 2003: 15 punkt 26.2.4.

<sup>428</sup> NOU 2003: 15 punkt 26.2.4.

<sup>429</sup> Konkurransetilsynets redegjørelse i brev til Konkurranselovutvalget, den 9. januar 2012.

<sup>430</sup> Sammenlign vilkårene for gyldig rettighetsavkall, se punkt 6.3.3.

Der forvaltningen fatter enkeltvedtak om å ilegge et selskap overtredelsesgebyr eller tvangsmulkt for manglende oppfyllelse av opplysningspålegg, utløses ytterligere garantier, jf. forvaltningsloven § 3. Saksbehandlingsreglene etter lovens kapittel IV får da anvendelse, og selskapet vil blant annet ha krav på forhåndsvarsel, innsyn og begrunnelse for vedtaket. Opplysningspålegg vil ofte være å betrakte som en prosessledende avgjørelse, og ikke et enkeltvedtak.<sup>431</sup> Saksbehandlingsreglene kommer dermed ikke selskapet til gode på fremtvingelsestidspunktet.

For å oppsummere vil selskaper ha et visst vern gjennom retten på advokatbistand, den særskilte klageretten, samt på en del områder retten til informasjon om selvinkrimineringsvernet. Jeg understreker at dette kun er et utvalg regler. Sammenlignet med straffeprosessloven er det uansett tale om et rudimentært vern.<sup>432</sup> Ut fra en slik synsvinkel kan man si at saksbehandlingsreglene på forvaltningsstraffeprosessens område ikke i særlig høy grad kan redusere inngripende opplysningstvang overfor selskaper. På den annen side må selskaper normalt forutsettes å ha ressurser til å nyttegjøre seg aktuelle garantier på en adekvat måte. I en konkret sak vil nevnte minstekrav dermed kunne redusere tvangen. Et poeng i denne sammenheng er at forvaltningen muligens ville hatt et videre inngrepsrom for å avtvinge selskaper opplysninger, dersom slik tvang i større grad ble kompensert gjennom supplerende rettssikkerhetsgarantier.<sup>433</sup>

### 5.3 Vurderingen av bruken av beviset

Hittil har jeg drøftet kriterier EMD benytter for å konstatere om fremtvingelsen av en opplysning krenker selvinkrimineringsvernet. Når EMD skal ta stilling til om selvinkrimineringsvernet er til hinder for *bruk* av et fremtvunget bevis, begrenser

---

<sup>431</sup> Hvorvidt opplysningspålegg og andre avgjørelser om undersøkelser og beslag kan være enkeltvedtak, er nærmere behandlet i Stub (2011) s. 255-271. Se Eckhoff og Smith (2010) s. 281, Woxholth (2011) s. 66. Høyesterett uttaler i Rt. 2011 s. 1433 (42) at det ”unntaksvis” kan være grunnlag for å betrakte prosessledende avgjørelser som enkeltvedtak.

<sup>432</sup> Slik også Stub (2011) s. 345.

<sup>433</sup> Se nærmere Stub (2011) s. 358 om behovet for en ”forvaltningsstraffeprosess”, Kinander (2012).

domstolen sin prøving til å bedømme "the overall fairness of the proceedings".<sup>434</sup> Denne begrensede prøvingen kan forstås i lys av subsidiaritetsprinsippet.<sup>435</sup> Nasjonale domstoler vil regelmessig ha bedre forutsetninger for å fastlegge faktiske forhold enn en overnasjonal domstol.<sup>436</sup> Hvorvidt et bevis skal tillates ført eller ikke er derfor, "as a matter of principle, a prerogative of domestic courts".<sup>437</sup>

Hvordan går så EMD frem for å vurdere om bruk av et fremtvunget bevis er "fair"? Storkammerets uttalelser i Saunders gir veiledning her:

"This question must be examined by the Court in the light of all the circumstances of the case. In particular, it must be determined whether the applicant has been subject to compulsion to give evidence and whether the use made of the resulting testimony at his trial offended the basic principles of a fair procedure inherent in Article 6 para. 1 (art. 6-1) of which the right not to incriminate oneself is a constituent element."<sup>438</sup>

Det er altså to elementer i "fairness"-vurderingen som vurderes "[i]n particular". Det første er om fremtvingelsen utgjorde en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.<sup>439</sup> Her tas det utgangspunkt i de samme kriterier som drøftet i punkt 5.2 over.<sup>440</sup> Jeg nøyer meg med å vise til dem. Det andre elementet er "the use to which the material so obtained was put".<sup>441</sup> Fremgangsmåten harmonerer med EMDs tilnærming til bevisavskjæring i andre typer saker.<sup>442</sup> Bruken av beviset behøver i mange tilfeller ikke være konvensjonsstridig selv om beviservervet opprinnelig var det.<sup>443</sup>

---

<sup>434</sup> Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine (2011) § 259.

<sup>435</sup> Arai-Takahashi (2002) s. 49 med henvisning til Rowe and Davis v. UK (2000) § 62.

<sup>436</sup> Brems (1996) s. 303.

<sup>437</sup> Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine (2011) § 259. Se Bykov v. Russia (2009) § 88.

<sup>438</sup> Saunders v. UK (1996) § 69. Se Rt. 2007 s. 932 (42).

<sup>439</sup> O'Halloran and Francis v. UK § 44.

<sup>440</sup> O'Halloran and Francis v UK § 55.

<sup>441</sup> O'Halloran and Francis v UK § 55.

<sup>442</sup> Torgersen (2008) s. 245.

<sup>443</sup> Torgersen (2008) s. 245.

Det er vanlig å fremstille vurderingen av bruk blant annet som et spørsmål om det fremtvungne beviset utgjør en vesentlig ("significant") del av bevismaterialet.<sup>444</sup> EMD har anvendt denne terskelen i en rekke avgjørelser om bruk av fremtvungne selvinkriminerende opplysninger.<sup>445</sup> Enkelte avgjørelser synes imidlertid å avvike fra dette utgangspunktet. I *O'Halloran and Francis* vektla domstolen at domfellelsen av O'Halloran ikke "solely" var basert på det den fremtvungne opplysningen om at klageren førte bilen på fartsoverskridelsestidspunktet.<sup>446</sup> I avgjørelser hvor forklaringer har vært fremtvunget i strid med EMK artikkel 3, har domstolen kommet til at bruk av bevisene krenker selvinkrimineringsvernet, "irrespective of their probative value and of whether their use was decisive in securing the defendant's conviction".<sup>447</sup>

En måte å forstå dette på, er at vurderingen av måten beviset brukes relativiseres ut fra en rekke andre forhold, herunder arten og graden av tvang, samt omfanget av og området for opplysningsplikten.<sup>448</sup> Etter EMDs praksis kan man muligens skissere følgende retningslinjer:

I den absolutte kjernen av selvinkrimineringsvernet, der beviset er fremtvunget ved bruk av tortur, aksepterer EMD ingen bruk av beviset, uansett bevisverdi eller om beviset var avgjørende for domfellelse.<sup>449</sup> Fortsatt i kjernen av selvinkrimineringsvernet, der straffetrusselen for opplysningssvikt er fengsel og opplysningsplikten må anses omfattende, aksepteres bruk av beviset opp til et visst nivå, men ikke som en vesentlig del av bevisgrunnlaget.<sup>450</sup> Utenfor kjernen av selvinkrimineringsvernet, der anklagede kun ilegges moderate bøter for

---

<sup>444</sup> Torgersen (2008) s. 245, Christoffersen (2011) s. 445, Aall 2007, s. 360, NOU 2003:15 s. 107. Øyen (2010) s. 262-263 antar at vesentlighetskravet ikke er et absolutt vilkår for avskjæring, men heller et relativt tungveiende moment i vurderingen.

<sup>445</sup> Saunders v. UK (1996) § 67, I.J.L and Others v. UK (2000) § 101, Kansaall v. UK (2004) § 29. Se Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine (2011) § 259 og Jalloh v. Germany (2002) § 121 om praksis.

<sup>446</sup> O'Halloran and Francis v. UK (2007) § 60, se Øyen (2010) s. 262-263.

<sup>447</sup> Grigoryev v. Ukraine (2012), Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine (2011) § 259, se Gäfgen v. Germany (2010) § 166 med henvisning til praksis.

<sup>448</sup> Johansen (2009) s. 65. Torgersen (2008) s. 246 synes å tolke O'Halloran and Francis i denne retning.

<sup>449</sup> Gäfgen v. Germany (2010) § 166, Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine (2011) § 259.

<sup>450</sup> Saunders v. UK (1996) § 67, I.J.L and Others v. UK (2000) § 101.

forklaringssvikt, vil EMD kunne akseptere bruk av beviset såfremt det ikke utgjør det eneste grunnlaget for domfellelse.<sup>451</sup>

Slutfører vi resonnementet, skulle det tilsi at EMD i den ytterste periferien av vernet kan tenkes å akseptere at et fremtvunget bevis utgjør det eneste grunnlaget for avgjørelse av straffeanklagen. Ettersom selskaper i en administrativ sanksjonssak vil befinne seg nettopp i en perifer del av vernet, kan det ikke utelukkes at EMD etter omstendighetene kan tenkes å akseptere bruk av fremtvungne selvinkriminerende bevis mot selskaper.

---

<sup>451</sup> O'Halloran and Francis v. UK (2007) § 60.

## 6 Relativiserende vurderingsmomenter

### 6.1 Innledning

EMD anvender doktrinen om statenes skjønnsmargin og proporsjonalitetsprinsippet i tolkningen av rettighetene etter artikkel 6.<sup>452</sup> Domstolen har rett nok ikke gjort uttrykkelig bruk av disse begrepene i saker om selvinkrimineringsvernet. Det er likevel mulig å se doktrinen om skjønnsmarginen og proporsjonalitetsprinsippet uttrykt i vurderingstemaet ”extinguished the very essence of the right”.<sup>453</sup> EMD tolererer begrunnede inngrep i selvinkrimineringsvernet, med mindre de utsletter selve kjernen av rettigheten. Hvor denne grensen går, er som nevnt gjenstand for en konkret avveining. Tre mulige vurderingsmomenter kan gjenfinnes i denne avveiningen. Det første er EMDs eksplisitte og implisitte vektlegging av samfunnshensyn i enkeltsaker. Det andre er betraktningene om implisitt samtykke innen avgrensede reguleringsregimer. For det tredje kan det spørres om EMDs antydninger om en videre handlefrihet overfor selskaper i saker etter artikkel 8 gjør seg gjeldende for selvinkrimineringsvernet etter artikkel 6.<sup>454</sup> Høyesterett synes i Rt. 2011 s. 800 å anta det.<sup>455</sup> Hvorvidt man overhodet kan trekke inn og legge vekt på slike relativiserte momenter i vurderingen av selvinkrimineringsvernet, er sterkt diskutert, både i og utenfor domstolen.<sup>456</sup> Det kan ses som en diskusjon om hvor vid eller snever skjønnsmargin proporsjonalitetsprinsippet tillater når det kommer til vernet mot selvinkriminering. Jeg vil samle disse trådene avslutningsvis. Først vil jeg gå nærmere inn på relevansen og betydningen av hvert av de nevnte vurderingsmomentene med henblikk på selskapers selvinkrimineringsvern.

---

<sup>452</sup> Arai-Takahashi (2001) s. 34. I Brighton Declaration av 19. april 2012 har konvensjonsstatene vedtatt å innta en eksplisitt henvisning til statenes skjønnsmargin og subsidiaritetsprinsippet i konvensjonens forte.

<sup>453</sup> Se Arai-Takahashi (2001) s. 33-59.

<sup>454</sup> Se *Société Colas Est and Others v. France* (2002) § 49.

<sup>455</sup> Rt. 2011 s. 800 (59).

<sup>456</sup> Ashworth (2008) s. 20.

## 6.2 Offentlig interesse

### 6.2.1 Relevansen av offentlig interesse

Et første spørsmål er om man i det hele tatt kan ta offentlig interesse i betraktning. Med offentlig interesse menes i denne sammenheng samfunnets interesse i å håndheve reguleringslovgivningen på en effektiv måte, gjennom forfølgning og sanksjonering av lovbrudd. At offentlig interesse er relevant, ble anført med styrke i Saunders-saken fra 1996. Storbritannia argumenterte med at den offentlige interesse i effektiv straffeforfølgning av ”complex corporate fraud” tilsa at anklagede pliktet å besvare spørsmål fra inspektører og at svarene kunne brukes i en etterfølgende straffesak.<sup>457</sup>

Argumentasjonen førte ikke helt frem. EMD uttalte at kompleksiteten bak ”corporate fraud” og den vitale offentlige interesse i etterforskning og pådømmelse av slik svindel, ikke kunne rettferdiggjøre ”such a marked departure as that which occurred in the present case” fra et av de grunnleggende prinsippene i en rettferdig rettergang.<sup>458</sup> Uttalelsen kan ikke tolkes som at hensynet var irrelevant ved fastleggingen av vernets rekkevidde,<sup>459</sup> men at de offentlige hensynene ikke strakk til for å begrunne et så markert inngrep i selvinkrimineringsvernet. Saunders risikerte som nevnt to års fengsel for opplysningssvikten.

I *Heaney and McGuinness v Ireland* la EMD seg på en tilsvarende linje. Her var klagerne idømt fengselsstraff for ikke å ha svart på politiets spørsmål i forbindelse med en terroretterforskning. Spørsmålet i saken var om tungtveiende hensyn til sikkerhet og offentlig orden kunne begrunne et slikt inngrep. Domstolen viste til Brogan-saken, som gjaldt EMK artikkel 5 (3).<sup>460</sup> I *Brogan* ble hensynet til å beskytte samfunnet mot terrorisme ansett som et legitimt formål, men det var ikke i seg selv tilstrekkelig til å

---

<sup>457</sup> Saunders v. UK (1996) § 64.

<sup>458</sup> Saunders v. UK (1996) § 74.

<sup>459</sup> Øyen (2010) s. 156.

<sup>460</sup> Brogan and Others v. UK (1988).

rettferdiggjøre det aktuelle inngrepet i artikkel 5-rettigheten. I *Heaney and McGuinness* fant EMD “accordingly” at hensynet til sikkerhet og offentlig orden ikke kunne ”justify a provision which extinguishes the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination”.<sup>461</sup> Også i *Shannon* ble hensynet til sikkerhet og offentlig orden ansett relevant, men ikke av tilstrekkelig betydning til å kunne legitimere den graden av direkte tvang – fengselsstraff og bøter – som klager var blitt møtt med.<sup>462</sup> Jeg nevner i tillegg at EMD i *Allen* viste til at det ville være vanskelig for konvensjonsstatenes skattesystemer å fungere effektivt uten en plikt til å innrapportere inntekt og kapital for skatteformål.<sup>463</sup>

I Jalloh-saken fra 2006 gikk Storkammeret til det skritt å liste opp offentlig interesse i forfølgningen og sanksjoneringen av en overtredelse som et nytt selvstendig kriterium i vurderingen av om selvinkrimineringsvernet var krenket.<sup>464</sup> Det følgende sitatet ble også inntatt av førstvoterende i Rt. 2011 s. 800:<sup>465</sup>

”In order to determine whether the applicant’s right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.”

Dermed skulle man kanskje tro at relevansen av offentlig interesse var endelig avklart. Den etterfølgende storkammersaken *O’Halloran and Francis*<sup>466</sup> har imidlertid sådd ny tvil på dette punktet.<sup>467</sup> Saken gjaldt et straffesanksjonert pålegg til to bileiere om å oppgi hvem som førte deres bil på det tidspunkt den ble tatt i en fartskontroll. Storkammerets flertall siterte de tre kriteriene som ellers inngår i vurderingen av om

---

<sup>461</sup> *Heaney and McGuinness v. Ireland* (2000) § 58.

<sup>462</sup> *Shannon v. UK* (2005) § 26-40.

<sup>463</sup> *Allen v. UK* (2002).

<sup>464</sup> *Jalloh v. Germany* (2006) § 117.

<sup>465</sup> Rt. 2011 s. 800 (58).

<sup>466</sup> *O’Halloran and Francis v. UK* (2007) §§ 55, 62.

<sup>467</sup> Dissenterende dommer Pavlovski mente *O’Halloran and Francis* reaffirmerte offentlig interesse-kriteriet fra Jalloh-avgjørelsen, Ashworth (2007) s. 897. Jackson (2009) s. 839



selvinkrimineringsvernet er krenket, men unnlot å nevne det fjerde kriteriet fra *Jalloh* om ”public weight”. En måte å forstå utelatelsen på, er at kriteriet bevisst ble tiet i hjel.<sup>468</sup> Utelatelsen behøver imidlertid ikke tolkes slik. Leser man flertallets votum nærmere, ser man at offentlig interesse ligger bakom flere av premissene.<sup>469</sup> Det gjelder storkammerets henvisning til formålet bak et regulatorisk veitrafikkregime og samtykkesynspunktet om at bilister må anses å ha akseptert å utlevere informasjon til myndighetene om hvem som på et gitt tidspunkt førte bilen.<sup>470</sup> Disse forhold var tilsynelatende avgjørende for at flertallet kom til at selvinkrimineringsvernet ikke var krenket.<sup>471</sup> Hertil kommer at to dissenterende dommere på prinsipielt grunnlag tok avstand fra flertallsvotumet fordi de ikke anså offentlig interesse relevant.<sup>472</sup> Det tilsier at flertallet så hen til og vektla offentlig interesse.<sup>473</sup>

Offentlig interesse må altså anses som et relevant moment i vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket.<sup>474</sup>

### 6.2.2 Betydningen av offentlig interesse

Betydningen av offentlig interesse må trolig ses i nær sammenheng med hvilket underliggende forhold det kreves opplysninger om, straffetrusselen ved opplysningssvikt og omfanget på opplysningsplikten.<sup>475</sup> En annen måte å uttrykke noe av det samme på er at vekten av offentlig interesse vil bero på om det er tale om et inngrep i kjernen eller periferien av selvinkrimineringsvernet. Vi kjenner igjen betraktningen fra *Heaney and McGuinness*. I *Heglas* ble dette uttrykt på følgende måte:

---

<sup>468</sup> Ashworth (2008) s. 766 synes å være av denne oppfatning.

<sup>469</sup> Harris m.fl. (2009) s. 263

<sup>470</sup> Harris m.fl. (2009) s. 263

<sup>471</sup> Se Torgersen (2008) s. 239.

<sup>472</sup> O’Halloran and Francis v. UK (2007). Dissenting opinion of Judge Pavloschi, dissenting opinion of Judge Myjer.

<sup>473</sup> Øyen (2010) s. 157 antar at kriteriet ”bevisst ble unngått for å sikre en bred tilslutning til flertallsvotumet i saken”.

<sup>474</sup> Slik også Torgersen (2008) s. 239, Øyen (2010) s. 157, Harris m.fl. (2009) s. 263.

<sup>475</sup> Torgersen (2008) s. 239-240.

“Les exigences générales d'équité posées à l'article 6 s'appliquent à toutes les procédures pénales, quel que soit le type d'infraction concerné. Il reste que, pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. Néanmoins, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant, y compris celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination garanti par l'article 6 de la Convention (voir, mutatis mutandis, Heaney et McGuinness c. Irlande, no 34720/97, §§ 57-58, CEDH 2000-XII).”<sup>476</sup>

Essensen i dette er fulgt opp i den hittil ferskeste storkammeravgjørelsen om selvinkrimineringsvernet, *Bykov v. Russia*:<sup>477</sup>

“Public-interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention (see, mutatis mutandis, Heaney and McGuinness, cited above, §§ 57-58).”<sup>478</sup>

Der tvangstiltaket utsletter selve kjernen av selvinkrimineringsvernet (“extinguishes the very substance”, “vidant de leur substance même”), kan ikke offentlig interesse alene under noen omstendighet begrunne tiltaket.<sup>479</sup> Utenfor vernets harde kjerne kan den offentlige interessen derimot balanseres opp mot hensynet til individet.<sup>480</sup>

---

<sup>476</sup> Héglass c. République Tchèque (2007) § 87. Avgjørelsen er kun publisert på fransk. Sitatet kan noe upresist oversettes slik: ”Kravene til rettfærdig rettergang etter EMK artikkel 6 gjelder strafferettslige forfølgninger, uansett hvilken overtredelse det er snakk om. Det er likevel slik at ved vurderingen av om prosessen i sin helhet har vært ”fair”, kan den offentlige interessen i forfølgelsen av den aktuelle overtredelsen og sanksjoneringen av den ansvarlige tas i betraktning og balanseres opp mot individets interesser i at bevisene for anklagen innsamles på lovlig måte. Det sagt, så vil ikke den offentlige interessen kunne begrunne tiltak som utsletter selve kjernen av individets rettigheter etter artikkel 6, inkludert vernet mot selvinkriminering.”

<sup>477</sup> *Bykov v. Russia* (2009) § 93.

<sup>478</sup> *Bykov v. Russia* (2009) § 93.

<sup>479</sup> Jackson (2009) s. 838.

<sup>480</sup> Héglass c. République Tchèque (2007) § 87. Øyen (2010) s. 157 antar derimot at EMD ”ikke under noen omstendighet vil gå særlig langt i å tillegge momentet vekt”.

Både *Heglas* og *Bykov* gjaldt bruk av fremtvunget bevis. Det kunne tyde på at disse betraktninger bare får anvendelse for selvinkrimineringsvernet som bevisforbud. Begge avgjørelser støttet seg imidlertid på tidligere uttalelser i *Heaney and McGuinness*, som gjaldt fremtvingelse av opplysninger. Hertil kommer at storkammeret i *O'Halloran and Francis* ikke distingverte mellom fremtvingelsesklagen og bevisforbudsklagen for så vidt gjaldt vekten av implisitte samfunnshensyn. På den annen side vil EMD tilkjenne konvensjonsstatene en særskilt vid skjønnsmargin når det gjelder å fastlegge faktiske forhold, derav den begrensede "fairness"-vurderingen av bevisforbudet. Det tilsier at nasjonale myndigheter har et større skjønnsrom til å vekte offentlige interesser opp mot individets interesser i spørsmålet om føring av bevis enn ved fremtvingelsen.

### 6.2.3 Betydning for selskaper

Selskaper som rettssubjekt befinner seg ut fra en formålsbetraktning i selvinkrimineringsvernets ytterkant, jf. kapittel 3. Videre tilsier arten av rettslige sanksjoner som er tilgjengelige for å fremtvinge et selskap opplysninger, at man normalt står fjernt fra kjernen av selvinkrimineringsvernet. Et selskap kan som nevnt ikke frihetsberøves, og gebyrer eller mulkt vil ofte være av moderat størrelse sett hen til selskapets betalingsevne. Hertil kommer at administrative sanksjoner, som for eksempel overtredelsesgebyr, står utenfor kjernen av straffebegrepet etter EMK artikkel 6.<sup>481</sup> Den tidligere kommisjonen har i *Strømsnes Akvakultur A/S* anerkjent at forvaltningsorgan innen særlige områder kan ha myndighet til å "require individuals or legal persons, under a threat of coercive measures, to act in a particular way or refrain from doing so, e.g. in the fields of environment, customs or building legislation".<sup>482</sup>

Både rettighetssubjektets art og arten av sanksjonstypen tilsier altså, hver for seg og samlet, en mindre streng praktisering av selvinkrimineringsvernet. På denne bakgrunn kan man legge til grunn at offentlige hensyn potensielt kan få meget stor betydning for vurderingen av om fremtvingelse av inkriminerende opplysninger fra selskaper krenker vernet mot selvinkriminering. Hvordan slike hensyn mer konkret vil gi seg utslag i

---

<sup>481</sup> Jussila v. Finland (2006) § 43, Bendenoun v. France (1994) § 46, Janosevic v. Sweden (2002) § 81.

<sup>482</sup> Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway (1997).

vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket, vil bero på hvilke offentlige hensyn som tilsier forfølgning og sanksjonering av lovbrudd på det enkelte forvaltningsområde. Dette er problemstillingen i det følgende.

Relevante hensyn kan identifiseres under to synsvinkler.<sup>483</sup> Den ene synsvinkelen er hva som er formålet med den enkelte opplysningsplikt. Den andre er hva som er formålet med den tilsynsvirksomhet den inngår i.

Tar man utgangspunkt i *formålet med tilsynsvirksomheten*, vil de interesser som undersøkelsen ivaretar falle sammen med de overordnede samfunnsmessige mål som tilsynsvirksomheten tar sikte på å nå.<sup>484</sup> Her vil hensynene være ulikartede etter hvilket forvaltningsområde det er tale om. På konkurranserettens område er for eksempel det overordnede samfunnsmessige målet ”effektiv bruk av samfunnets ressurser” gjennom konkurranse, jf. konkurranseloven § 1 første ledd.<sup>485</sup> Denne formålsbestemmelsen tjener som direktiv ved tolkningen og anvendelsen av konkurranseloven.<sup>486</sup> I tillegg vil hensynet til forbrukernes interesser etter omstendighetene kunne ha en viss betydning, jf. konkurranseloven § 1 annet ledd.<sup>487</sup> På akvakulturrettens område er overordnede samfunnsmessige formål bærekraftig utvikling, optimal bruk av kystsonen og næringshensyn.<sup>488</sup> Hensynet til bærekraftig utvikling, eller miljøhensynet, utgjør en overordnet ramme for oppnåelse av de øvrige formålene. Miljøhensynet omfatter ivaretagelse av biologisk mangfold og bevaring av rene økosystemer langs kysten, gjennom bekjempelse av rømming og utslipp av næringssalter.<sup>489</sup> Også sykdoms- og dyrevelferdshensyn er viktige i denne sammenheng, men ettersom ivaretagelse av disse

---

<sup>483</sup> Denne systematikken er hentet fra Stub (2011) s. 158-159.

<sup>484</sup> Stub (2011) s. 158-159.

<sup>485</sup> Sæveraas (2009) s. 25.

<sup>486</sup> Sæveraas (2009) s. 27.

<sup>487</sup> Sæveraas (2009) s. 38.

<sup>488</sup> Akvakulturloven § 1.

<sup>489</sup> Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 12, Dokument 3:9 (2011-2012) s. 12 (Riksrevisjonen).

hensynene faller utenfor Fiskeridirektoratets kompetanse, vil slike hensyn ikke behandles nærmere her.<sup>490</sup>

Tar man utgangspunkt i *formålet med den enkelte opplysningsplikt*, vil de bakenforliggende hensynene på de fleste sektorer være sammenfallende.<sup>491</sup> Her vil den offentlige interessen typisk være å få tak i opplysninger for å vurdere ileggelse av forvaltningssanksjon, samt de individual- og allmennpreventive virkninger som forfølgning og sanksjonering leder til.<sup>492</sup> På konkurranserettens område kan man si at hensynet til å få tak i opplysninger er særlig viktig, fordi relevant informasjon erfaringsmessig ikke fremgår av selskapets ordinære forretningsdokumenter eller arkiver.<sup>493</sup> På andre sektorer vil tilsynsorganer, som Kredittilsynet eller ligningsmyndighetene, ha tilgang til bakgrunnsinformasjon gjennom rapporterings- og oppgaveplikt.<sup>494</sup> Opplysningsplikten er dermed en forutsetning for at Konkurransetilsynet skal kunne forfølge og sanksjonere mulige overtredelser.<sup>495</sup>

Samlet kan man si at opplysningsplikter på flere områder er begrunnet i hensynet til forvaltningen av samfunnets fellesinteresser.<sup>496</sup> Stub skriver:<sup>497</sup>

”I vårt samfunn har det ikke verdi i seg selv å ilegge en forvaltningssanksjon, det er et middel for å sikre at lovgivningen og de hensyn den beskytter får tilstrekkelig gjennomslag.”

En måte å generalisere avsnittene over på, er å si at den offentlige interessen i forfølgning og sanksjonering av lovbrudd innen forvaltningsstraffeprosessen er kjennetegnet av et blandet formål. Dels skal forfølgningen og sanksjoneringen virke individual- og allmennpreventivt. Dels skal informasjonsinnhentingene ivareta

---

<sup>490</sup> Ot.prp. nr. 61 (2004-2005) s. 40. Kompetansen til å håndheve sykdoms- og dyrevelferdshensyn tilligger Mattilsynet.

<sup>491</sup> Stub (2011) s. 158-159.

<sup>492</sup> Stub (2011) s. 158-159.

<sup>493</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.2.

<sup>494</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.2.

<sup>495</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.2.

<sup>496</sup> NOU 2003: 15 s. 105.

<sup>497</sup> Stub (2011) s. 159.

forvaltningsspesifikke hensyn til eksempelvis miljø eller samfunnsøkonomisk effektivitet. Dette blandede formålet skiller forvaltningsstraffeprosessen fra tradisjonell straffeprosess, hvor hensynet til prevensjon og straffverdighet er de sentrale begrunnelsene for straff.<sup>498</sup>

I *R. v. Hertfordshire County Council* ble det doble formålet ved forvaltningsstraffeprosesser fremhevet som helt sentralt for vurderingen av om selvinkrimineringsvernet utgjorde en skranke for fremskaffelse av opplysninger. Saken gjaldt ulovlig dumping av 1000 tonn klinisk avfall. Spørsmålet i saken var om en person anklaget for dumping hadde rett til å nekte å etterleve en straffesanksjonert opplysningsplikt overfor lokale avfallsmyndigheter, på det grunnlag at opplysningene kunne inkriminere ham eller lede til at inkriminerende bevis ble oppdaget. Lord Hoffmann, som førte votumet i pennet, uttalte at avfallsmyndighetene var gitt kompetanse til å fremtvinge opplysninger

“not merely for the purpose of enabling the authorities to obtain evidence against offenders but for the broad public purpose of protecting the public health and the environment. Such information is often required urgently and the policy of the statute would be frustrated if the persons who knew most about the extent of the health or environmental hazard were entitled to refuse to provide any information on the ground that their answers might tend to incriminate them.”<sup>499</sup>

Lord Hoffmann uttalte videre at lovgiver ikke kunne ha ment at enhver som ble pålagt å gi opplysninger ”under those procedures” skulle kunne nekte på grunnlag av selvinkrimineringsvernet, ”since that would stultify the procedures and prevent them achieving their obvious purpose.” Resultatet ble at vedkommende ikke kunne nekte å gi opplysninger etter britisk rett.

Gulen-saken (Vest Tank) er et mer hjemlig eksempel på hvilke tungveiende offentlige hensyn som etter omstendighetene kan stå på spill. I 2007 eksploderte et tankanlegg i

---

<sup>498</sup> Eskeland (2006) s. 130-135.

<sup>499</sup> *Regina v. Hertfordshire County Council Ex Parte Green Environmental Industries Ltd.* (2000) (Lord Hoffmann).

Sløvåg i Sogn og Fjordane. Lokalbefolkningen ble påført helseplager. Påtalemyndigheten innledet kort tid etter etterforskning mot Vest Tank, som eide anlegget. Samtidig forsøkte forurensningsmyndighetene<sup>500</sup> å avklare hva tankene inneholdt, for å bedømme hvilken helsefare utslippet innebar og hvordan man kunne hjelpe dem som var rammet. Eksempelet er ikke helt renskåret med hensyn til avhandlingens tema, ettersom tilsynet ikke foretok undersøkelser med tanke på administrativ sanksjonering av overtredelsen.<sup>501</sup> Tilsynets undersøkelser isolert sett gjaldt dermed ikke ”determination of [...] any criminal charge”, jf. EMK artikkel 6. Selvinkrimineringsvernet kan likevel tenkes aktualisert som skranke for tilsynets informasjonsinnhenting, sett hen til mulighetene for informasjonsutveksling mellom tilsynet og påtalemyndighetens pågående etterforskning, jf. forvaltningsloven § 13b nr. 6, jf. forurensningsloven § 85.<sup>502</sup>

Forutsetter vi at selvinkrimineringsvernet får slik anvendelse, blir spørsmålet om de offentlige hensynene til helse og miljø tilsier at selskapets vern mot selvinkriminering likevel ikke kan anses krenket gjennom straffesanksjonerte opplysnings- og utleveringspålegg etter forurensningsloven §§ 49 og 50. Etter mitt syn må svaret på dette spørsmålet klart være at de offentlige hensynene til helse og miljø veier tyngst.<sup>503</sup> For det første er det tale om svært viktige hensyn i en akutt og uoversiktlig situasjon.<sup>504</sup> For det andre tilsier formålsbetraktninger som nevnt et svakere vern for selskapet. For det tredje vil et eventuelt inngrep i selvinkrimineringsvernet uansett måtte betegnes som moderat. I tillegg kan det spørres om ikke selskapet implisitt har samtykket til opplysnings- og utleveringsplikten, som et vilkår for å få driftstillatelse for virksomheten. Implisitt samtykke er tema for neste punkt. Jeg kommer tilbake til problemstillingen for Vest Tank underveis.

---

<sup>500</sup> Klima- og forurensningsdirektoratet (Klif). Statens forurensningstilsyn frem til 2010.

<sup>501</sup> Klifs sanksjoneringskompetanse er begrenset til illeggelse av tvangsmulkt, jf. forurensningsloven § 73.

<sup>502</sup> Se punkt 1.4.2.3.

<sup>503</sup> Stub (2011) s. 338 skriver at ”hensynet til Vest Tank ikke kunne prioriteres foran hensynet til dem som ble syke”.

<sup>504</sup> Ifølge Stub (2011) s. 338 grenset det opp mot en nødrettssituasjon.

## 6.3 Implisitt samtykke

### 6.3.1 Utgangspunkt

EMD har i to saker gitt uttrykk for at rettighetssubjekter implisitt kan samtykke til selvinkriminerende opplysningsplikter på trafikkreguleringsområdet.<sup>505</sup> I *O'Halloran and Francis* uttalte storkammerets flertall at “[t]hose who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom, these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.”<sup>506</sup> Også i *Lückhof and Spanner* vektla EMD at “the compulsion flowed from the fact that owners or drivers of motor vehicles subject themselves to a regulatory regime involving certain responsibilities and obligations.”<sup>507</sup>

### 6.3.2 Overførbart til andre reguleringsområder?

Problemstillingen i inneværende punkt er om samtykkesynspunktet kan overføres til andre reguleringsområder enn trafikkregulering.

I den sammenheng har det interesse at EMD i storkammer nylig har argumentert ut fra lignende samtykkebetraktninger i *Van der Heijden*. Spørsmålet i saken var om vitneplikt for nærstående krenket EMK artikkel 8. Storkammerets flertall kom til at det ikke var konvensjonsstridig at klager ble fengslet i 13 dager for å ha nektet å vitne mot sin drapsmistenkte samboer, far til hennes barn og samboer gjennom 18 år. Nederlandsk lov krever ekteskap eller registrert samboerskap for vitnefritak. Storkammeret

---

<sup>505</sup> *O'Halloran and Francis v. UK* (2007), dissenting opinion of Judge Myjer. Dette momentet hører etter EMDs systematikk inn under drøftelsen av det første kriteriet - tvangens natur og grad. Jeg finner det imidlertid mest hensiktsmessig å behandle problemstillingen særskilt i et eget punkt, ettersom det hefter usikkerhet ved generaliserbarheten av samtykkesynspunktet.

<sup>506</sup> *O'Halloran and Francis v. UK* (2007) § 57.

<sup>507</sup> *Lückhof and Spanner v. Austria* (2008) § 53.



konstaterte at klageren ikke var uvitende om begrensningen av vitnefritaket, og at hun likevel hadde valgt ikke å registrere samboerskapet.<sup>508</sup> Deretter heter det:

“[H]aving made that choice she must *accept the legal consequence that flows therefrom*, namely that she has maintained herself outside the scope of the “protected” family relationship to which the “testimonial privilege” exception attaches. That being so, the Court does not consider that the alleged interference with her family life was so burdensome or disproportionate as to imperil her interests unjustifiably. [mine kursiveringer]”<sup>509</sup>

Det kan innvendes at en sak om vitnefritak for nærstående etter artikkel 8 har begrenset relevans for selvinkrimineringsvernet etter artikkel 6. Begge deler utgjør imidlertid unntak fra vitneplikten - ”the normal civic duty acknowledged to be in the public interest”.<sup>510</sup> Privilegiene hviler også delvis på vernet mot moralske dilemmaer, skjønt vitnefritaket er ikke knyttet til dilemmaer vedrørende en selv. Fra *Van der Heijden* kan vi i det minste slutte at samtykkebetraktninger ikke er et særlig argument begrenset til trafikkregulering, og at slike betraktninger etter omstendighetene kan begrunne relativt omfattende inngrep overfor individer.

I litteraturen er det flere som har tatt til orde for at implisitt samtykke-betraktninger kan overføres til andre områder enn trafikkregulering, for eksempel til selskaper og næringslovgivning.<sup>511</sup> Birdling bemerker at et implisitt samtykke om å gi avkall på selvinkrimineringsvernet kan overføres til ”almost any other social activity”, herunder ”company directorship”.<sup>512</sup> Andre gir uttrykk for at spørsmålet er tvilsomt.<sup>513</sup> Torgersen skriver at det er mulig at *O’Halloran and Francis* innebærer en mindre streng håndhevelse av selvinkrimineringsvernet innenfor ”avgrensede reguleringsregimer”, men at dette ”neppe er den mest nærliggende forståelsen”.<sup>514</sup> Han konkluderer med at betraktninger om implisitt samtykke ”må avgrenses til opplysningsplikt som ikke

---

<sup>508</sup> Van der Heijden v. The Netherlands (2012) §§ 70, 76 .

<sup>509</sup> Van der Heijden v. The Netherlands (2012) § 76.

<sup>510</sup> Van der Heijden v. The Netherlands (2012) §§ 63-64, 67.

<sup>511</sup> Jackson (2009) s. 840-841, Birdling (2008) 62.

<sup>512</sup> Birdling (2008) 62. Se Myr (2011) s. 31

<sup>513</sup> Andreangeli (2008) s. 141-2 uttaler at det er ”significant doubts as regards its reach”.

<sup>514</sup> Torgersen (2008) s. 244.

sanksjoneres med frihetsstraff eller høye bøter”, formodentlig ”særlig innenfor masseforvaltningen.”<sup>515</sup> Øyen mener man må se hen til formålet med reguleringsregimet som et sentralt element i avgrensningen av de saksfelt hvor man kan overføre betraktningene om implisitt samtykke.<sup>516</sup> Han mener det ”neppe [er] grunnlag for å vektlegge en mer eller mindre frivillig aksept av et reguleringsregime på andre områder enn der regimet direkte tar sikte på å beskytte liv, helse eller eiendom.”<sup>517</sup>

De hensyn som begrunner en opplysningsplikt er utvilsomt relevante for om implisitt samtykke-betraktninger kan anvendes på et gitt avgrenset område. Proporsjonalitetsprinsippet tilsier imidlertid at vekten av disse hensyn er relativ til hvor inngripende opplysningsplikten er overfor den anklagede. En opplysningsplikt sanksjonert med frihetsberøvelse vil normalt være mer inngripende enn en tilsvarende plikt sanksjonert med gebyrer eller bøter. Et lavt gebyr er mindre inngripende enn et høyt gebyr. Gjelder opplysningsplikten et stort omfang av opplysninger, vil plikten virke mer inngripende enn der anklagede er avkrevd beskjedne og avgrensede fakta. Etter mitt syn er det derfor lite hensiktsmessig å oppstille absolutte terskler for hvor alvorlige hensynene bak opplysningsplikten må være før man kan se hen til om aktørene på området implisitt har gitt samtykke. En grense må formodentlig trekkes mot inngrep i kjernen av selvinkrimineringsvernet, der opplysningsplikten sanksjoneres med frihetsberøvelse eller andre forhold tilsier et sterkt vern.

Denne konklusjonen støttes av EMDs praksis om videre skjønnsmargin for statene innen ”special regimes”. På slike områder, for eksempel militæret<sup>518</sup> eller fengselsvesenet<sup>519</sup>, er statene tilkjent en større handlefrihet enn ellers til å gjøre inngrep

---

<sup>515</sup> Torgersen (2008) s. 244. For ordens skyld bemerkes at forfatteren bruker uttrykket ”akseptbetraktning”.

<sup>516</sup> Øyen (2010) s. 159.

<sup>517</sup> Øyen (2010) s. 159. Han avviser derfor at O’Halloran and Francis- og Lückhof and Spanner-sakene ”kan legitimere en tilsvarende moderat plikt til å bidra til sakens opplysning innenfor for eksempel nærings- eller skattelovgivningen”.

<sup>518</sup> Engel and others v. The Netherlands (1976) § 72.

<sup>519</sup> Golder v. UK (1975) § 45, Silver and Others v. UK (1983) § 98, Boyle and Rice v. UK (1988) § 74.

i konvensjonsrettighetene.<sup>520</sup> Denne vide skjønnsmarginen er søkt forklart dels ut fra at ”individuals in an army or prison situation can be presumed to ‘accept’ the limitations of their freedoms related to that situation”.<sup>521</sup> I tillegg gjelder reguleringen av militæret og fengselsvesenet områder med nær sammenheng med nasjonal sikkerhet. Hensynet til konvensjonsstatenes suverenitet tilsier da en vid skjønnsmargin.<sup>522</sup> Betraktningene om implisitt samtykke i relasjon til selvinkrimineringsvernet kan tilsvarende forstås som at statene tilkjennes en videre skjønnsmargin på saklig avgrensede områder hvor reguleringen ivaretar viktige formål og hvor aktørene kan presumeres å ha akseptert begrensninger i vernet etter konvensjonen.

For å oppsummere antar jeg at implisitt samtykke-betraktninger kan overføres til avgrensede sektorer hvor opplysningsplikten gjør et moderat inngrep i selvinkrimineringsvernet og ivaretar relativt sett tungtveiende samfunnsmessige hensyn.

### 6.3.3 Vilkår for implisitt samtykke?

Et annet spørsmål er om man må stille ytterligere vilkår til et implisitt samtykke for at det skal kunne tas i betraktning i vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket. Flere har sammenlignet samtykkebetraktningen med å gi avkall på vernet mot selvinkriminering.<sup>523</sup> Etter EMDs faste praksis kan rettighetssubjekter, implisitt eller eksplisitt, frivillig gi avkall på sine rettigheter etter blant annet EMK artikkel 6.<sup>524</sup> For at et slikt rettighetsavkall skal være gyldig, må en rekke kvalitative betingelser være oppfylt. I Zaichenko-saken, som gjaldt avkall på vernet mot selvinkriminering, ble betingelsene oppsummert slik:

“[A] waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as it is permissible – must not run counter to any important public interest, must be established in an unequivocal manner and must be attended by minimum safeguards commensurate to the waiver's importance [...].

---

<sup>520</sup> Brems (1996) s. 270.

<sup>521</sup> Brems (1996) s. 270.

<sup>522</sup> Brems (1996) s. 270.

<sup>523</sup> Se O'Halloran and Francis v. UK (2007), dissenting opinion of Judge Myjers. Birdling (2008) s. 62.

<sup>524</sup> Salduz v. Turkey (2008) § 59, Zaichenko v. Russia (2010) § 55.

Moreover, before an accused can be said to have impliedly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be”.<sup>525</sup>

Betingelsene praktiseres strengt. I *Zaichenko* hadde klager først avgitt forklaring, som umiddelbart ble nedtegnet. I forbindelse med nedtegnelsen ble han gjort oppmerksom på vernet mot selvinkriminering. Han valgte likevel å signere den nedtegnede forklaringen. Ifølge EMD var dette et ugyldig avkall. Domstolen viste til at klager hadde vært i en “rather stressful situation” i en “relatively quick sequence of events”.<sup>526</sup> Det var derfor “unlikely that the applicant could reasonably appreciate without a proper notice the consequences of his being questioned in proceedings”.<sup>527</sup>

Det er på det rene at et implisitt samtykke til opplysningsplikt, slik det har vært anvendt i *O’Halloran and Francis* og *Lückhof and Spanner*, ikke oppfyller disse strenge betingelsene til et rettighetsavkall. En av dommerne i *O’Halloran and Francis*-saken, Judge Myjer, tok av den grunn dissens. Han uttalte:

“[...] I sincerely doubt whether the majority accept the corollary which is unavoidable if the judgment in the present case is to be consistent with that case-law: under the British system, when it comes to the identity of the driver of a car, all those who own or drive cars are automatically presumed to have given up unambiguously and unequivocally the right to remain silent.”<sup>528</sup>

Også Birdling synes å mene at bileiernes implisitte samtykke til å oppgi identiteten på føreren av bilen kan parallellføres med at bileiere har gitt avkall på vernet mot selvinkriminering.<sup>529</sup> Han spør om *O’Halloran and Francis* må tolkes som “a general loosening” av betingelsene for rettighetsavkall.<sup>530</sup>

---

<sup>525</sup> *Zaichenko v. Russia* (2010).

<sup>526</sup> *Zaichenko v. Russia* (2010) § 55

<sup>527</sup> *Zaichenko v. Russia* (2010) § 55

<sup>528</sup> *O’Halloran and Francis v. UK* (2007), dissenting opinion of Judge Myjers.

<sup>529</sup> Birdling (2008) s. 62.

<sup>530</sup> Birdling (2008) s. 62.

Etter mitt syn er det ikke nødvendig å gå veien om en slik tillempning, fordi situasjonene ikke er analoge. Når EMD anvender samtykkesynspunkter i forbindelse med vurderingen av om fremtvingelse eller bruk av fremtvungne bevis krenker selvinkrimineringsvernet, inngår samtykket kun som et moment i vurderingen. I saker om rettighetsavkall bærer samtykket avkallet alene. I tillegg vil man ved et avkall på en rettighet ha fraskrevet seg ethvert nivå av beskyttelse etter den aktuelle rettigheten, mens man ved et implisitt samtykke til opplysnings- eller utleveringsplikter kun har gitt avkall på en begrenset og relativ del av rettighetsvernet.

At det er slike forskjeller, behøver imidlertid ikke bety at betingelsene for rettighetsavkall ikke vil kunne ha en viss betydning for vektleggingen av et implisitt samtykke til selvinkriminerende opplysningsplikt. Der samtykket langt på vei oppfyller betingelsene for avkall, kan det nettopp være større grunn til å tillegge det vekt.

#### 6.3.4 Betydning for selskaper

Det neste spørsmålet er hvilken betydning implisitt samtykke kan få for selskapers selvinkrimineringsvern i forvaltningsstraffeprosessen. For å ta akvakulturretten som et første eksempel, synes det klart at implisitt samtykke-betraktninger kan få anvendelse på dette området. Det er tale om en klart avgrenset sektor, ”produksjon av akvatiske organismer”.<sup>531</sup> Opplysningspliktene på området er begrunnet med tungtveiende hensyn til miljøet. Sanksjoneringen av opplysningssvikt må videre anses av en begrenset størrelse og moderat art. Tvangsmulkt og overtredelsesgebyr er oppad begrenset uansett størrelsen på selskapet. Opplysningspliktene og konsekvensene av å etterleve dem har videre preg av å være forutsigbare for aktørene. Selskaper som driver innen akvakultur, har undergitt seg rapporterings- og meldeplikter som vilkår for konsesjonen. At tillatelsen er gjenstand for reguleringer, er uttrykkelig forutsatt i forarbeidene:

”Det er innholdet i tillatelsen med de til enhver tid gjeldende bestemmelser gitt i eller i medhold av lovverket som er det juridiske grunnlaget for driften. En tillatelse til akvakultur er således i

---

<sup>531</sup> Akvakulturloven § 2.

sin helhet gjenstand for skiftende reguleringer og ikke en rettighet som er unntatt fra videre regulering etter tildelingen.”<sup>532</sup>

Hertil kommer at den tidligere kommisjonen i *Strømsnes Akvakultur A/S* har tilkjennegitt at forvaltningsorgan har større frihet til å ilegge individer og selskaper straffesanksjonerte plikter på akvakulturrettens område, som uttrykk for miljøregulering.<sup>533</sup> Disse forholdene taler samlet for at selskapene implisitt har samtykket til å gi opplysninger uten hinder av selvinkrimineringsvernet.

Tilsvarende må antas å gjøre seg gjeldende på forurensningsområdet. Også her er virksomhetsdrift betinget av en særskilt tillatelse. Selskapene har gjennom tillatelsen forpliktet seg til å etterleve pålegg om å gi opplysninger og utlevere dokumenter og annet materiale, jf. forurensningsloven §§ 49 og 50. Det er altså tale om et saklig avgrenset reguleringsområde på miljøområdet, hvor opplysningsplikten er begrunnet ut fra tungtveiende hensyn og er preget av forutsigbarhet for selskapene. For å fullføre Gulen-drøftelsen fra punkt 6.2.3, tilsier det at betraktningene om implisitt samtykke ville trukket i retning av at tilsynsorganets parallelle fremtvingelse av opplysninger og annet materiale, ikke ville krenket selskapets vern mot selvinkriminering.

I konkurranseretten kan dette stille seg noe annerledes. Rett nok er det tale om viktige hensyn bak opplysningsplikten etter konkurranseloven § 24. Disse er ivaretagelse av det overordnede målet om samfunnsøkonomisk effektivitet gjennom konkurranse, samt prevensjons- og håndhevingshensyn. Mange vil likevel hevde at slike hensyn er mindre presserende og tungtveiende enn for eksempel hensynet til miljø, helse, eiendom og liv. Sanksjonene kan videre bli langt høyere for konkurranselovbrudd og opplysningssvikt enn i akvakulturretten. Hertil kommer at området for konkurranserettslig regulering ikke er saklig avgrenset. Konkurranselovens virkeområde er snarere angitt gjennom en negativ avgrensning i lovens § 3.<sup>534</sup> Arbeids- og ansettelsesvilkår er eneste lovfestede unntak. I tillegg kan ”bestemte markeder eller næringer” unntas i forskrift. Per i dag er

---

<sup>532</sup> Ot.prp.nr.61 (2004-2005) punkt 8.4.

<sup>533</sup> *Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway* (1997).

<sup>534</sup> Konkurranseloven § 3.

det gitt fire slike forskrifter.<sup>535</sup> Konkurranselovens virkeområde må dermed anses vidt. På denne bakgrunn antar jeg at implisitt samtykke har begrenset betydning på konkurranserettens område.

Et beslektet spørsmål er om implisitt samtykke-betraktninger kan anvendes på selskaper i relasjon til de rapporteringsplikter de er undergitt etter regnskapsloven. Enkelte uttalelser i Gulating lagmannsretts avgjørelse av 2. februar 2012 kan tolkes i denne retning. Lagmannsretten uttalte:<sup>536</sup>

”Dertil kommer det at begjæringen er rettet mot juridiske personer som er opprettet med det formål å drive forretningsvirksomhet, og som et ledd i denne virksomheten er undergitt regnskapslovens bestemmelser. Når begjæringen da er begrenset til å omfatte dokumenter som selskapene etter regelverket er forpliktet til å utferdige og oppbevare, kan lagmannsretten vanskelig se at vernet mot selvinkriminering kan tilsi at disse opplysningene ikke skal utleveres.”

En måte å forstå lagmannsrettens uttalelse på, er at selskaper ved å underlegge seg regnskapslovens forpliktelser til utferdigelse og oppbevaring av dokumenter, implisitt har samtykket til utlevering av dokumentene.<sup>537</sup> Om uttalelsen tolkes slik, er det imidlertid tvilsomt om realiteten i den er holdbar. Regnskapslovgivningen er ikke et avgrenset område, og de bakenforliggende hensynene kan vanskelig anses som tungtveiende.<sup>538</sup> På den annen side vil regnskapsplikten kunne ha betydning for om fremtvingelsen i det hele tatt er omfattet av selvinkrimineringsvernet. Utleveringsbegjæringer rettet mot kjente dokumenter som fordrer liten aktivitet fra selskapet, reiser som nevnt få betenkeligheter i relasjon til vernet.<sup>539</sup>

---

<sup>535</sup> Forskrift om mellombels unnatak frå konkurranselova for avtaler om klinisk veterinæravakt, Forskrift om unnatak frå konkurranselova for samarbeid mv. for einskilde grupper privatpraktiserande legar, psykologar og fysioterapeutar, Forskrift om unntak fra konkurranselova § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker, Forskrift om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske.

<sup>536</sup> Gulating lagmannsretts kjennelse avgjørelse av 2. februar 2012 s. 22.

<sup>537</sup> LOV 1998-07-17 nr 56: Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) § 1-2 nr. 1 og 2.

<sup>538</sup> Flere av de dokumenter selskaper plikter å utferdige og oppbevare etter regnskapsloven, vil uansett være underlagt krav om offentliggjøring.

<sup>539</sup> Se punkt 4.3.3.

Drøftelsene over kan sammenfattes slik: Implisitt samtykke-betraktninger kan få stor betydning for selskapers selvinkrimineringsvern på saklig avgrensede forvaltningsområder som ivaretar tungtveiende samfunnshensyn. Især vil dette gjelde konsesjonsbasert virksomhet. Samtykke-betraktninger vil kun ha begrenset betydning på forvaltningsområder som ikke er saklig avgrenset og hvor hensynene som begrunner opplysningsplikten er mindre tungtveiende.

## 6.4 En videre handlefrihet overfor selskaper?

### 6.4.1 Utgangspunkt

I Rt. 2011 s. 800, som ledd i et obiter dictum om den materielle rekkevidden av et selvinkrimineringsvern for selskaper, uttaler førstvoterende:

”Illustrerende er ellers en bemerkning i Colas Est-saken [...]. Ved vurderingen av hva som kunne anses som nødvendig i et demokratisk samfunn etter artikkel 8 nr. 2, antydte Domstolen at det ikke kunne utelukkes at en stat kan ha mer vidtgående handlefrihet når det gjelder juridiske personers forretningslokaler enn ellers.”<sup>540</sup>

I dette underpunktet vil jeg undersøke om disse betraktningene lar seg overføre til selskapers selvinkrimineringsvern. Ettersom det ikke foreligger noen avgjørelser fra EMD på dette punktet etter EMK artikkel 6, må utgangspunktet tas i praksis etter artikkel 8 og til en viss grad artikkel 10. I avgjørelser om disse bestemmelsene har EMD dels antydte og dels anvendt en mindre intensiv vurdering av om inngrep i selskapers rettigheter krenker konvensjonen, sammenlignet med fysiske personer.<sup>541</sup> Spørsmålet er om disse betraktningene er uttrykk for en mer generell tilnærming til inngrep overfor selskaper, som kan få betydning også for selskapers selvinkrimineringsvern.

---

<sup>540</sup> Rt. 2011 s. 800 (59).

<sup>541</sup> *Société Colas Est and Others v. France* (2002) § 49, *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* (1989) § 33. For en omfattende analyse, se *Emberland* (2006) s. 155-193.



#### 6.4.2 Staters handlefrihet etter EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 verner retten til respekt for en persons "private and family life, his home and his correspondence". I *Niemietz* kom EMD for første gang til at selskapers forretningslokaler var omfattet av ordet "home".<sup>542</sup> Ett av domstolens argumenter for å tolke ordlyden utvidende lød:

"Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to "interfere" to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2); that entitlement *might well be more far-reaching* where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case [min kursivering]."<sup>543</sup>

Antydningen om en videre handlefrihet til å foreta inngrep i selskapers forretningslokaler, er siden lagt til grunn i flere avvisningsavgjørelser.<sup>544</sup> I *Colas Est* gikk EMD et skritt videre. Spørsmålet i saken var om franske konkurransemyndigheter hadde krenket retten til respekt for tre selskapers "home" da de foretok bevissikring i deres forretningslokaler. EMD kom til at det forelå et inngrep i konvensjonsrettigheten. Det sentrale spørsmålet var om inngrepet oppfylte vilkårene etter EMK artikkel 8 nr. 2. Vilrårene er at inngrepet skjer "in accordance with the law", og er "necessary in a democratic society" for å tjene nærmere angitte legitime formål, herunder "the economic well-being of the country" og "the prevention of disorder or crime". EMD konstaterte kort at inngrepet var hjemlet og ivaretok de to nevnte formål. Deretter vurderte domstolen om inngrepet var nødvendig. Her heter det:

"[E]ven supposing that the entitlement to interfere may be more far-reaching where the business premises of a juristic person are concerned (see, mutatis mutandis, *Niemietz*, cited above, p. 34, § 31), the Court considers, having regard to the manner of proceeding outlined above, that the impugned operations in the competition field cannot be regarded as strictly proportionate to the legitimate aims pursued (see *Funke*, *Crémieux and Mialhe* (no. 1), cited above, p. 25, § 57, p. 63, § 40, and p. 90, § 38, respectively). [min kursivering]"

---

<sup>542</sup> *Niemietz v. Germany* (1992) § 31.

<sup>543</sup> *Niemietz v. Germany* (1992) § 31.

<sup>544</sup> Se for eksempel *Verein Netzwerk v. Austria* (1999) § 1, *OL v. Austria* (1993) § 3, *Maini v. France* (1999) § 3.

Domstolen tok altså høyde for at den franske stat hadde en videre adgang til å foreta inngrep i forretningslokalene til en juridisk person. Den underforståtte måten EMD uttrykte dette på, forstås kanskje bedre i lys av partenes anførsler.<sup>545</sup> Frankrike anførte at juridiske personer, gitt at de var omfattet av de samme konvensjonsrettigheter som fysiske personer, ikke kunne påberope seg en rett til beskyttelse av kommersielle lokaler *med samme intensitet* som et individ i relasjon til sitt profesjonelle tilholdssted.<sup>546</sup> Klager anførte at selv om det gjaldt en slik mindre intensiv prøvelse, var det likevel tale om en krenkelse. Domstolen synes å ha tiltrådt klagers argumentasjon.<sup>547</sup> Ettersom inngrepet uansett ble funnet å krenke konvensjonsrettigheten, var det ikke nødvendig for EMD å ta uttrykkelig stilling til anførselen om at det gjaldt en svakere beskyttelse av juridiske persons forretningslokaler enn for fysiske personer.

Antydningen om at inngrepsretten "may be more far-reaching" kan ses som et uttrykk for at statene er tilkjent en videre skjønnsmargin i å vurdere om et inngrep er proporsjonalt.<sup>548</sup> I en avvisningsavgjørelse fra 1996 uttalte domstolen at den måtte "take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States which may be broader where professional or business activities are involved (Niemietz judgment, cited above, pp. 34-35, §§ 31 and 37)."<sup>549</sup>

Det hefter likevel noe usikkerhet ved om EMD har fulgt opp denne linjen i sin senere praksis.<sup>550</sup> I avvisningsavgjørelsen *Kent Pharmaceuticals Limited and Others*<sup>551</sup> kunne

---

<sup>545</sup> Emberland (2006) s. 173.

<sup>546</sup> *Société Colas Est and Others v. France* (2002) § 30: "[Les personnes morales] ne sauraient pour autant revendiquer un droit à la protection des locaux commerciaux avec la même intensité qu'un individu pour son domicile professionnel." I den engelske versjonen lyder det: "[W]hile juristic persons could enjoy similar rights under the Convention to those afforded to natural persons, they could not claim a right to the protection of their professional or business premises with as much force as an individual could in relation to his professional or business address."

<sup>547</sup> Emberland (2006) s. 173-174.

<sup>548</sup> Emberland (2006) s. 176.

<sup>549</sup> *Fontanesi v. Austria* (1996).

<sup>550</sup> Søk i HUDOC foretatt 3. mai 2012 på søkeordet "Colas Est" ga 43 treff. Ingen av avgjørelsene refererte til antydningen i *Colas Est* om en videre handlefrihet. Tilsvarende søk i HUDOC 3. mai 2012 på sentrale deler av antydningene i *Niemietz*, *Fontanesi* og *Colas Est* ("more far-reaching", "may be

man kanskje vente at domstolen viste til antydningene om en videre handlefrihet. Saken gjaldt bevissikring i et aksjeselskaps forretningslokale og i boligene til henholdsvis daglig leder og en ansatt i selskapet. Antydningene i *Niemietz* og *Colas Est* ble ikke nevnt. Hertil kommer at EMD bare i begrenset grad differensierte mellom forretningslokalet og boligene i begrunnelsen. Det kan tyde på at tilnærmingen i tidligere avgjørelser er fraveket.

Samtidig er det flere holdepunkter i avgjørelsen som trekker i retning av at linjen fra *Niemietz* og *Colas Est* er videreført. For det første ble arten av de ulike eiendommene ansett særlig relevant i forholdsmessighetsvurderingen. Et av kriteriene domstolen så hen til, var nettopp ”the content and scope of the order, *having particular regard to the nature of the premises searched* [min kursivering]”.<sup>552</sup> En mulig tolkning er at EMD simpelthen har omformulert antydningene fra *Niemietz* og *Colas Est* til en tolkningsretningslinje. Ettersom ”home” i konvensjonens forstand kan ligge i spennet mellom boliger av privat art og lokaler av nærings- og forretningsmessig art, skal det etter sigende mer til før et inngrep i sistnevnte eiendomstype blir uforholdsmessig og i strid med konvensjonen enn i private boliger. For det andre uttalte domstolen at børsnoterte selskaper i relasjon til kriteriet ”the extent of possible repercussions on the reputation of the person affected by the search”, må tåle mer negativ oppmerksomhet før et inngrep blir uforholdsmessig.<sup>553</sup> Årsaken var at ”[l]isted companies are frequently and reasonably subject to greater requirements of transparency in the public interest than strictly private companies and individuals”.<sup>554</sup> At bevissikringen mot selskapet ble omtalt i en pressemelding, var derfor ikke uforholdsmessig.<sup>555</sup> Hadde pressemeldingen omtalt bevissikringen hjemme hos daglig leder og den ansatte, antydte domstolen imidlertid at inngrepet kunne vært uforholdsmessig i relasjon til dem.<sup>556</sup>

---

broader” og ”entitlement to interfere”), ga ingen relevante treff datert etter 16.04.2002. Søkene kan ikke anses utømmende.

<sup>551</sup> Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. UK (2005)

<sup>552</sup> I Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. UK (2005) med henvisning til Buck v. Germany (2005).

<sup>553</sup> Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. UK (2005).

<sup>554</sup> Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. UK (2005).

<sup>555</sup> Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. UK (2005).

<sup>556</sup> Kent Pharmaceuticals Limited and Others v. UK (2005).

For å oppsummere må det antas at det gjelder en lempeligere vurderingsstandard for bevissekring hos selskapers forretningslokaler enn i andre tilfeller.<sup>557</sup> Emberland har benevnt dette 'Colas Est-standard'.<sup>558</sup> Han setter den i sammenheng med EMDs tilbakeholdne prøving av om et inngrep i selskapers kommersielle ytringer eller reklame krenker EMK artikkel 10. Etter fast praksis er statene i slike saker tilkjent en videre skjønnsmargin enn ellers i vurderingen av om et inngrep er forholdsmessig.<sup>559</sup> I *Markt Intern* heter det:

“[A] margin of appreciation is *essential in commercial matters and, in particular, in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition*. Otherwise, the European Court of Human Rights would have to undertake a re-examination of the facts and all the circumstances of each case. The Court must *confine* its review to the question whether the measures taken on the national level are *justifiable in principle and proportionate* [mine kursiveringer]”.<sup>560</sup>

Det samme er lagt til grunn om reklame.<sup>561</sup> Domstolen begrenser altså prøvingen til om tiltakene i prinsippet er begrunnet og proporsjonale på et nasjonalt nivå. Denne begrensede prøvingen kan kalles formell, til forskjell fra den substansielle og inngående kontrollen EMD foretar i relasjon til inngrep i politiske ytringer i ytringsrettens kjerne.<sup>562</sup> I slike tilfeller vurderer EMD om inngrepet ivaretar et ”pressing social need” og om begrunnelsen for inngrepet er ”relevant and sufficient”.<sup>563</sup>

#### 6.4.3 Begrunnelsen for en mer tilbakeholden prøving

Hva kan begrunne EMDs mer tilbakeholdne prøving av inngrep overfor selskaper etter artiklene 8 og 10? I litteraturen er det antydning flere årsaksfaktorer. For det første er det

---

<sup>557</sup> Rytter (2008) s. 224, Emberland (2006) s. 176, Andreangeli (2008) s. 22.

<sup>558</sup> Emberland (2006) s. 172 ff.

<sup>559</sup> Se *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* (1989) § 33, *R GmbH v. Germany* (1990), *Röda Korset Ungdomsförbund and Others v. Sweden* (1993).

<sup>560</sup> *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* (1989) § 33.

<sup>561</sup> *Groppera Radio and Others v. Switzerland* (1990) § 72.

<sup>562</sup> Emberland (2006) s. 166-167.

<sup>563</sup> Emberland (2006) s. 166.

tale om inngrep i interesser som ut fra en formålsbetraktning ligger utenfor rettighetenes kjerne. Proporsjonalitetsprinsippet, uttrykt som den iboende avveiningen mellom individets interesser og samfunnets interesser, tilsier at interessene utenfor kjernen har et svakere vern.<sup>564</sup> Formålsbetraktninger kan også tale for at statene tilkjennes en videre skjønnsmargin.<sup>565</sup> EMD har i sin praksis trukket snevrere rammer for staters skjønnsmargin, dess nærmere en berørt interesse står rettighetens kjerne.<sup>566</sup> Det tilsier motsetningsvis at skjønnsmarginen vil være videre der den berørte interessen er mer perifer. En lempeligere standard kan også begrunnes ut fra hensynet til å respektere demokratiske avgjørelsesprosesser i konvensjonsstatene i økonomiske og regulatoriske spørsmål.<sup>567</sup> EMD er som nevnt mer tilbøyelig til å tilkjenne stater en vid skjønnsmargin i slike spørsmål. Emberland peker også på en annen mulig begrunnelse, hensynet til domstolens fortsatte eksistens. Det kan ses uttrykt i formuleringen om at den utvidede tolkningen av anvendelsesområdet for artikkel 8 (1) ”would not unduly hamper the Contracting States”.<sup>568</sup>

#### 6.4.4 Betydning for selskaper

Den neste problemstillingen er om det er grunnlag for å anta at EMD vil tilkjenne statene en videre handlefrihet gjennom en mer tilbakeholden prøving av om selskapers selvinkrimineringsvern er krenket. At Høyesterett mener antydningen i *Colas Est* er ”[i]llustrerende” for rekkevidden av et selvinkrimineringsvern for selskaper, trekker i denne retning. I litteraturen er det imidlertid antatt at nasjonale domstolers uttalelser om EMDs ventede tilbakeholdenhet på et område, ikke kan tillegges vekt.<sup>569</sup>

---

<sup>564</sup> Rytter (2003) s. 48 og 151, Rytter (2008) s. 224 med henvisning til *Niemietz* og *Colas Est*.

<sup>565</sup> Emberland (2006) s. 181-184. Se *X and Church of Scientology v. Sweden* (1979), hvor Kommisjonen uttalte om kommersielle ytringer at ”the level of protection must be less than that accorded to the expression of ‘political ideas’, in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression are chiefly concerned”.

<sup>566</sup> Emberland (2006) s. 182, Brems s. 289-290.

<sup>567</sup> Andreangeli (2008) s. 22.

<sup>568</sup> *Niemietz v. Germany* (1992), Emberland (2006) s. 178.

<sup>569</sup> Se blant annet Sørensen (2004) s. 172-173, Greer (2000) s. 34. Motsatt Rt. 1996 s. 551 på s. 558. I Brighton Declaration av 19. april 2012 del C pkt. 15 bokstav d heter det at en klage som har blitt “duly considered by a domestic court applying the rights guaranteed by the Convention in light of well-

Førstvoterendes uttalelse er uansett preget av forbehold. Høyesterett viser bare til at EMD har antydning at ”det ikke kunne utelukkes” at en stat kan ha mer vidtgående handlefrihet overfor selskapers forretningslokaler enn ellers.<sup>570</sup> Svaret på problemstillingen må derfor finnes gjennom en tolkning av konvensjonsteksten, formålsbetraktninger og praksis.

*Konvensjonsteksten* synes ved første øyekast å utgjøre et hinder for å overføre EMDs tilnærming til artiklene 8 og 10 til selvinkrimineringsvernet etter artikkel 6. Artiklene 8 og 10 er såkalte ”limitation clauses”. Ordlyden og strukturen i bestemmelsene gir et selvstendig grunnlag for en proporsjonalitetsvurdering (”necessary in a democratic society”).<sup>571</sup> Det er i forbindelse med denne proporsjonalitetsvurderingen at EMD har antydning en differensiert vurdering mellom selskapers forretningslokaler og individers private boliger. Retten til ”fair [...] hearing” i artikkel 6, som er den tekstuelle forankringen for selvinkrimineringsvernet, gir ikke grunnlag for en tilsvarende vurdering.

Proporsjonalitetsvurderingen etter artiklene 8 og 10 kan imidlertid ses som en spesialisert og modifisert versjon av et mer generelt proporsjonalitetsprinsipp ”inherent” i konvensjonen.<sup>572</sup> EMD anvender dette proporsjonalitetsprinsippet i relasjon til EMK artikkel 6.<sup>573</sup> De tekstuelle og strukturelle forskjellene mellom artikkel 6 og artiklene 8 og 10, behøver altså ikke utelukke at EMDs tilnærming gjør seg gjeldende også for selskapers selvinkrimineringsvern.

---

established case law of the Court including on the margin of appreciation as appropriate”, normalt bør avvises som “manifestly ill-founded”. Det kan tilsi at nasjonale domstoler er kompetente til å vurdere skjønnsmarginen.

<sup>570</sup> Rt. 2011 s. 800 (59).

<sup>571</sup> Mowbray (2010) s. 304 og 306.

<sup>572</sup> Soering v. UK (1989), Sporrong and Lönnroth v. Sweden (1982) § 69, Arai-Takahashi (2001) s. 193.

<sup>573</sup> Se for eksempel Nikitin v. Russia (2004) § 57, hvor domstolen vurderer om myndighetene i den aktuelle saken har funnet “a fair balance between the interests of the individual and the need to ensure the effectiveness of the system of criminal justice”.

Hva kan vi så utlede fra *formålsbetraktninger*? Som nevnt tilsier formålsbetraktninger at selskaper befinner seg utenfor kjernen av vernet mot selvinkriminering.<sup>574</sup> Denne perifere tilknytningen til vernet kan ha betydning både for proporsjonalitetsprinsippet og for doktrinen om statenes skjønnsmargin. Av fremstillingshensyn drøfter jeg disse prinsippene hver for seg. Det er imidlertid verdt å understreke at proporsjonalitetsprinsippet og skjønnsmarginen etter EMDs praksis står i nær innbyrdes sammenheng, og til en viss grad må forstås som en funksjon av hverandre.<sup>575</sup>

*Proporsjonalitetsprinsippet* anvendes med respekt for rettighetens kjerne.<sup>576</sup> Storkammeret har gitt uttrykk for dette i *Bykov*.<sup>577</sup> Offentlige hensyn kan ikke begrunne inngrep i kjernen av selvinkrimineringsvernet.<sup>578</sup> Rytter skriver at det ”ligger i selve proportionalitetsprinsippet, at kravene til begrundelsen skærpes, jo mer intensiv rettighedsbegrænsningen er”.<sup>579</sup> Så lenge inngrepet i selvinkrimineringsvernet gjelder et subjekt (selskaper) og et område (forvaltningsstraffeprosessen) som ligger utenfor kjernen, vil avveiningen av private og offentlige interesser kunne tilsi en videre handlefrihet for myndighetene. Andreangeli uttaler at ”the adoption of differing standards of review also raises questions concerning how the balance should be struck between the rights claimed by business entities and the common interests sought by the Contracting States in individual cases.”<sup>580</sup>

*Doktrinen om statenes skjønnsmargin* er ikke entydig definert. Den kan betegnes som den frihet konvensjonsstatene har til å bedømme faktum og anvende rettighetene nedfelt i konvensjonen.<sup>581</sup> En dommer ved EMD har uttalt at skjønnsmarginen ”is at the heart

---

<sup>574</sup> Se punkt 3.4.

<sup>575</sup> Arai-Takahashi (2001) s. 193 skriver at det er mulig å se proporsjonalitetsprinsippet som den andre siden av skjønnsmarginen.

<sup>576</sup> Rytter (2003) s. 48.

<sup>577</sup> *Bykov v. Russia* (2009) § 93.

<sup>578</sup> *Bykov v. Russia* (2009) § 93, Heaney and McGuinness, §§ 57-58.

<sup>579</sup> Rytter (2003) s. 48 med henvisning til Dudgeon (1981) § 52 og Klass and others (1978) § 42.

<sup>580</sup> Andreangeli (2008) s. 22.

<sup>581</sup> Arai-Takahashi (2001) s. 8. Et annet uttrykk for det samme er implementeringsfrihet, jf. Christoffersen (2011) s. 32.

of virtually all major cases that come before the Court”.<sup>582</sup> I saker om selvinkriminering kan doktrinen sies å komme implisitt til uttrykk i vurderingstemaet om ”the very essence” av vernet er krenket.<sup>583</sup> Kjernen av rettigheten markerer grensen for skjønnsmarginen.<sup>584</sup> En annen måte å uttrykke det samme på, er at statene tilkjennes en videre skjønnsmargin dess lenger man befinner seg fra rettighetens kjerne.<sup>585</sup> EMD vil dermed kunne tenkes å vise tilbakeholdenhet i prøvingen, fordi konvensjonsstatene tilkjennes en vid handlefrihet til å fremtvinge selvinkriminerende opplysninger fra selskaper innen forvaltningsstraffeprosessen. Også andre faktorer taler for en slik konklusjon.

En av disse faktorene er at forvaltningssanksjoner, som for eksempel overtredelsesgebyr etter konkurranseloven og akvakulturloven, er virkemidler for å håndheve og effektivisere lovgivning som ivaretar viktige offentlige interesser på særskilte forvaltningsområder. At samfunnsøkonomiske hensyn og hensynet til helse i vid forstand er anerkjente formål etter konvensjonen, kan ses uttrykt i EMK artikkel 8 nr. 2. Slike offentlige interesser kan tilsi en videre skjønnsmargin.<sup>586</sup> Hertil kommer at inngrep i *selskapers* selvinkrimineringsvern typisk vil gjelde forhold som faller innunder et økonomisk område. Selskapers formål vil regelmessig være å drive virksomhet egnet til å gå med overskudd.<sup>587</sup> EMD har som nevnt tilkjent statene en vid skjønnsmargin på det økonomiske og regulatoriske området. Det må ses i sammenheng med demokratiformålet, som ved siden av ”rule of law” og verdighet, utgjør et grunnleggende hensyn bak konvensjonen.<sup>588</sup> Andre faktorer kan knyttes til utbredt europeisk konsensus om behovet for å gi forvaltningen myndighet til å håndheve miljø-

---

<sup>582</sup> Brems (1996) s. 242 med videre henvisning.

<sup>583</sup> Arai-Takahashi (2001) s. 36. Brems (1996) s. 289.

<sup>584</sup> Brems (1996) s. 289.

<sup>585</sup> Emberland (2006) s. 182.

<sup>586</sup> Sørensen (2004) s. 151-153, s. 157, se Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway (1997), Powell and Rayner v. UK (1990) § 44.

<sup>587</sup> Formuleringen er hentet fra den skatterettslige definisjonen av næringsdrivende, kodifisert i vurderingstemaet etter folketrygdlovens § 1-10.

<sup>588</sup> EMKs fortale. Se også fortalen til Europarådets statutter av 1949.



og konkurranselovgivning effektivt, samt hensynet til nasjonal beslutningsprosess og rettslig kontroll.<sup>589</sup>

For å oppsummere, er det en rekke forhold som taler for at EMD vil tilkjenne statene en relativt vid handlefrihet for foreta inngrep i selskapers selvinkrimineringsvern på forvaltningsstraffeprosessens område.

---

<sup>589</sup> Sørensen (2004) s. 159-162.

## **7 Avsluttende refleksjoner**

### **7.1 Sammenfatning**

Avhandlingen har forsøkt å angi rekkevidden av selskapers vern mot selvinkriminering i forvaltningsstraffeprosessen.

I kapittel 2 har jeg forsøkt å utlede hvilken tilnærming domstolen har til selskaper som rettighetssubjekt etter konvensjonen. EMDs praksis vitner om et syn på selskaper som reelle og ikke kunstige enheter, som kan lide rettighetstap etter konvensjonen i kraft av seg selv. Effektivitetsprinsippet tilsier at EMD ser selskapet i nær sammenheng med individer som leder eller eier selskapet.

Kapittel 3 har undersøkt om hensynene bak selvinkrimineringsvernet tilsier et mer begrenset vern for selskaper. Den primære verdighetsorienterte begrunnelsen for selvinkrimineringsvernet gjør seg bare i begrenset grad gjeldende for selskaper, i tilfeller der selskapet avleder verdighet fra individer i eller bak selskapet. Den prosessorienterte begrunnelsen for vernet gjør seg derimot gjeldende med tilnærmet samme styrke for selskaper som individer. Samlet tilsier hensynene imidlertid et mer begrenset vern for selskaper enn for individer.

I kapittel 4 har jeg forsøkt å klarlegge anvendelsesområdet for selskapers selvinkrimineringsvern i forvaltningsstraffeprosessen. Her har vi sett at det skal mer til før tvangstiltak overfor selskaper vil kunne utgjøre utilbørlig tvang omfattet av selvinkrimineringsvernet, især på særskilte forvaltningsområder. Antakelig er det bare pålegg sanksjonert med overtredelsesgebyr som kan aktualisere et selvinkrimineringsvern. I visse tilfeller kan også tvangsmulkt utgjøre relevant tvang, men i utgangspunktet rammes ikke slikt oppfyllellespress av vernet. Når det gjelder arten av fremtvingelsesmidler, er selskaper trolig vernet mot forklaringspålegg, samt utleveringspålegg der selskapet pålegges aktiv medvirkning for å finne frem til bevis. Selskaper vil også kunne påberope selvinkrimineringsvernet som bevisforbud. Med

hensyn til typen av informasjon, vil selskaper som et utgangspunkt være vernet mot å avgi direkte og indirekte inkriminerende opplysninger. Samlet kan det etter kapittel 5 konkluderes med at anvendelsesområdet for selskapers selvinkrimineringsvern er snevrere enn for fysiske personer.

I kapitlene 5 og 6 har jeg drøftet når et selvinkrimineringsvern for selskaper kan tenkes krenket, forutsatt at man er innenfor vernets anvendelsesområde. Kapittel 5 har undersøkt hvor inngripende fremtvingelse eller bruk av fremtvungne opplysninger vil være for selskaper. Ut fra de vurderingskriterier som EMD anvender, vil fremtvingelse ikke utgjøre mer enn i høyden moderate inngrep. Normalt vil inngrepet dermed ikke innebære utilbørlig tvang. I tilfeller hvor tvangen er utilbørlig, vil de begrensede prosessuelle garantiene etter forvaltningsloven ikke kunne redusere tvangselementet i særlig grad. For så vidt gjelder bruk av fremtvungne opplysninger, har jeg kun skissert strukturen i minstevernet etter EMK og antydnet at EMD kan tenkes å akseptere bruk av fremtvungne bevis mot selskapet i saker om administrative sanksjoner.

I kapittel 6 har jeg skilt ut og vurdert relativiserte momenter som uansett kan tilsi at et eventuelt inngrep i selskapers selvinkrimineringsvern anses konvensjonsmessig. For det første vil en proporsjonalitetsvurdering av samfunnsinteresser avveid mot selskapets interesser kunne tilsi at straffesanksjonerte opplysningsplikter i ytterkanten av vernet er berettigede. I tillegg må selskaper som driver virksomhet på saklig avgrensede områder, især konsesjonsvirksomhet, ofte anses for å ha implisitt forhåndssamtykket til opplysningsplikt. Enn videre vil konvensjonsstatene trolig ha en videre handlefrihet til å foreta inngrep overfor selskaper. Terskelen for å konstatere krenkelse på fremtvingelsesstadiet vil av disse grunner være relativt sett høyere for selskaper enn for individer.

Eksemplene i avhandlingen er i hovedsak hentet fra konkurranseretten og akvakulturretten. Forutsatt at selskaper har et selvinkrimineringsvern på disse områder, avtegner det seg følgende bilde for når vernet vil utgjøre en skranke for Konkurransetilsynet og Fiskeridirektoratet og motsatt beskyttelse for selskapene.

I akvakulturretten vil selvinkrimineringsvernet bare i begrenset grad kunne gjøre seg gjeldende. I utgangspunktet kan det stilles spørsmål ved om overtredelsesgebyr etter akvakulturloven i det hele tatt utgjør straff i konvensjonens forstand – i så fall får ikke vernet anvendelse overhodet. De momentene som tilsier at gebyret ikke er straff, vil uansett kunne tale for et mer begrenset vern. For det første dreier det seg om svært moderate inngrep, som til en viss grad kompenseres gjennom forvaltningsprosessuelle garantier. For det andre tilsier en proporsjonalitetsvurdering at selskapene må etterleve sine opplysningsplikter, sett hen til de tunge miljøhensynene som gjør seg gjeldende på området. Skjønnsmarginen må på videre antas å være vid. For det tredje vil selskapene uansett kunne anses å ha implisitt samtykket til opplysningsplikten.

Når det gjelder konkurranseretten, kan selvinkrimineringsvernet tenkes å få noe større betydning. Gebyrene for opplysningsplikt kan bli høyere enn i akvakulturretten, og gebyrene for materielle lovbrudd har i praksis nådd opp i titalls millioner kroner. Hertil kommer at opplysningsplikten ikke understøttes av tilsvarende tungtveiende samfunnshensyn til miljø og helse som på akvakulturlovens område. Videre er konkurranselovens område ikke saklig begrenset eller konsesjonsstyrt. Det tilsier at samtykkebetraktninger får mindre betydning. På den annen side er det verdt å merke seg at de prosessuelle garantiene, slik de praktiseres av Konkurransetilsynet i dag, til en viss grad reduserer tvangen mot selskapene.

## 7.2 Vurdering av lovforslag

Hvordan samsvarer disse observasjonene med Sanksjonsutvalgets og Konkurranselovutvalgets forslag til selvinkrimineringsvern for selskaper? Konkurranselovutvalgets forslag er modellert etter EU/EØS-retten. Utvalget legger til grunn at en slik løsning vil være i samsvar med EMK artikkel 6. Vernet er gitt følgende formulering i et foreslått tillegg til konkurranseloven § 24:

”Et foretak er ikke forpliktet til å besvare spørsmål som vil tvinge det til å innrømme en overtredelse av bestemmelser i denne lov.”<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> NOU 2012: 7 punkt 7.3.4.2.

Her er vernet avgrenset mot utleveringspålegg, og selskaper er kun gitt et begrenset vern mot å svare på direkte inkriminerende spørsmål.<sup>591</sup> Etter mitt syn trekker utvalget for snevre og absolutte grenser om vernets virkeområde for selskaper, gitt det foreliggende rettskildebildet om EMK artikkel 6.

Sanksjonsutvalget har på sin side gått inn for et langt videre vern. Utvalget foreslår å lovfeste følgende generelle regel i forvaltningsloven § 53 for både fysiske og juridiske personer:

”I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.”<sup>592</sup>

Vernet gjelder både forklaringstvang og utleveringstvang, skjønt bare utlevering som pålegger anklagede aktiv bistand i å fremskaffe dokumentene eller gjenstandene. Forslaget favner både direkte og indirekte selvinkriminerende opplysninger i tråd med tolkningen av sannsynlighetskravet etter straffeprosessloven § 123. Så langt er sanksjonsutvalgets forslag i samsvar med EMK artikkel 6. Forslaget til ny forvaltningslov § 53 går samtidig lenger enn hva som synes nødvendig etter konvensjonen. For det første knyttes påberopelse av vernet ikke opp mot et anklagetidspunkt, skjønt utredningen forutsetter at vernet først aktualiseres der et selskap er straffeanklaget i konvensjonens forstand. For det andre gir lovforslaget anvisning på et absolutt, og ikke relativisert vern. Er det mer enn en teoretisk mulighet for at svaret eller utleveringen vil kunne utsette selskapet for en administrativ sanksjon eller straff, kan selskapet nekte å etterkomme opplysningsplikten. Ordlyden levner lite rom for den proporsjonalitetsvurdering og de samtykkesynspunkter som EMD har anvendt *utenfor kjernen* av vernet. Ordlyden levner heller intet rom for en differensiering av inngrepsfriheten overfor selskaper og individer.

---

<sup>591</sup> Se pkt. 4.5.

<sup>592</sup> NOU 2003: 15 s. 352-354.

Etter mitt syn vil det være uheldig å lovfeste et absolutt vern i forvaltningsretten, fordi det kan hindre forvaltningen i å utøve nødvendige og konvensjonsmessige kontroll- og sanksjoneringsiltak overfor selskaper.<sup>593</sup> Minstevernet er uansett forankret i EMK artikkel 6 med tilhørende praksis, som er norsk lov med forrang for annen lovgivning.<sup>594</sup> Det skulle tilsi at lovfesting er unødvendig. Skulle vernet likevel nedfelles i lov, bør bestemmelsen etter mitt syn gis en utforming som tilkjennevir relativiseringen i vernets randsone.

### 7.3 Veien videre

EMDs praksis levner liten tvil om at menneskerettigheter for selskaper er kommet for å bli. Siden 1964 er det avsagt 39 dommer bare med selskaper benevnt ”Ltd”.<sup>595</sup> Drøyt 80 prosent av disse er avsagt siste ti år. Tallene vitner om at selskaper stadig oftere påberoper menneskerettighetsbrudd for nasjonale domstoler og EMD. Samtidig er tallene trolig et uttrykk for den markante økningen i det samlede antall klager, som de siste årene har truet med å sprengre domstolens kapasitet. EMD mottar nå dobbelt så mange klager per år som i 2004.<sup>596</sup> Enkelte har spådd at EMD av den grunn vil være tilbakeholdne med å utvide rettighetsvernet ytterligere. En slik defensiv strategi kunne i tilfelle tilsi at domstolen vil være forsiktige med å bekrefte og eventuelt ekspandere et selvinkrimineringsvern for selskaper. Det virker samtidig lite trolig at domstolen vil kompromisse med det dynamiske rettighetsvernet ut fra ressurshensyn.

Derimot kan det tenkes at EMD vil praktisere adgangskriteriene etter artikkel 35 strengere. Behovet for strengere siling av saker ble nylig understreket av konvensjonsstatene i den såkalte Brighton Declaration. Her heter det at en klage ”should be regarded as manifestly ill-founded” der nasjonale domstoler tilbørlig har vurdert konvensjonen i lys av EMDs praksis og skjønnsmargin, med mindre klagen

---

<sup>593</sup> Slik også Johansen (2009) s. 62.

<sup>594</sup> Menneskerettighetsloven § 3.

<sup>595</sup> Søk i Hudoc foretatt 26.05.2012 på forekomster av ”Ltd” i tekstsonen ”introduction” blant domstolens ”judgments”.

<sup>596</sup> Brighton declaration, del D punkt 16, 19.4.2012.

reiser et ”serious question” om konvensjonens tolkning eller anvendelse.<sup>597</sup> En strengere siling kan tilsi at klager fra selskaper i større grad enn i dag stenges ute fra realitetsbehandling.

Disse aspektene kan likevel bare bremse, og ikke stanse utviklingen. Det er antakelig bare et spørsmål om tid før vi får en avklarende avgjørelse fra EMD om selskapers selvinkrimineringsvern.

Etter intern norsk rett er det særlig to prosesser som kan få betydning for selskapers selvinkrimineringsvern på forvaltningsstraffeprosessens område. Den første er oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets utredning. Justisdepartementet har tidligere uttalt at det ”kan vurderes en løsning tilsvarende den Sanksjonsutvalget har foreslått i sitt forslag til ny § 53 i forvaltningsloven”.<sup>598</sup> Justisdepartements lovavdeling har siden uttalt seg mer forbeholdent.<sup>599</sup> Proposisjonen er ventet innen utgangen av inneværende år. Skulle Sanksjonsutvalgets forslag til ny § 53 bli foreslått av departementet og vedtatt av Stortinget, vil det innebære at selskaper også på konkurranserettens område får et videre selvinkrimineringsvern enn Konkurranselovutvalget har lagt opp til.

Den andre prosessen som kan få betydning, er revisjonen av Grunnloven. Menneskerettighetsutvalget har foreslått å nedfelle retten til ”rettferdig rettergang” i en ny § 95 i Grunnloven. Rettighetssubjekter er ”enhver”, herunder selskaper. Begrepet ”rettferdig rettergang” forutsettes tolket i samsvar med konvensjonspraksis, og da særlig EMK.<sup>600</sup> Ettersom selvinkrimineringsvernet er innfortolket som en fundamental garanti i ”fair [...] hearing”, kan det tilsi et selvinkrimineringsvern også etter Grunnloven § 95 – om den vedtas. Utvalgets utredning lest i sammenheng tyder imidlertid på at utvalget ikke har ment at den foreslåtte § 95 skal omfatte selvinkrimineringsvernet. Utvalget lister opp ”de ulike elementene” som kan utledes fra EMDs praksis om rettferdig

---

<sup>597</sup> Brighton declaration del C, punkt 15 bokstav d. Storbritannia foreslo opprinnelig å konvensjonsfeste en mer radikal begrensning, se Draft Brighton Declaration punkt D 16, 23.2.2012, publisert 28.2.2012 på nettutgaven til The Guardian.

<sup>598</sup> Justisdepartementets høringsvar til NOU 2003: 12, inntatt i Ot.prp. nr. 6 (2003-3004) s. 141.

<sup>599</sup> JDLOV-2008-3135.

<sup>600</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 122.

rettergang, uten å nevne vernet mot selvinkriminering.<sup>601</sup> Vernet omtales kun i forbindelse med Grunnloven § 96 annet punktum og torturforbudet mot individer.<sup>602</sup> I den grad utvalget har ment å utelukke selvinkrimineringsvernet fra den foreslåtte § 95, er det uansett et spørsmål om utredningen, som forarbeid til Grunnloven, kan binde domstolenes grunnlovstolkning skulle bestemmelsen bli vedtatt.<sup>603</sup> Uten å ta stilling til denne debatten, kan det etter mitt syn ikke utelukkes at et selvinkrimineringsvern for selskaper ”sniker seg med på lasset” ved den foreslåtte grunnlovsendringen. Det vil i tilfelle bety at selskaper for fremtiden også kan påberope et grunnlovsfestet vern mot å inkriminere seg selv.

---

<sup>601</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 118 og 120.

<sup>602</sup> Dokument 16 (2011-2012) s. 107, 110. Her forutsettes det at torturforbudet beskytter ”selve kjernen” av selvinkrimineringsvernet, og at de nærmere grensene for vernet bør reguleres gjennom ordinær lovgivning.

<sup>603</sup> Se blant annet Andenæs (2004) s. 29-30, Smith (2008) s. 118-120.



## LOV- OG KONVENSJONSREGISTER

### Lover

1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai nr. 10.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967
1980	Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24.
1981	Lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven) av 13. mars 1981 nr. 6.
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
1995	Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr. 53.
1998	Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56.
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
2004	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.
2005	Lov om akvakultur (akvakulturloven) av 17. juni 2005 nr. 79.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.
2009	Lov om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) av 19. juni 2009 nr. 58.

### Forskrifter m.v.

1985	Forskrift om ordning av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) av 28. juni 1985 nr. 1679.
1985	Regler om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) av 2. desember 1985.
2004	Forskrift om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske av 23. april 2004 nr. 651.
2005	Forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker av 29. april 2005 nr. 367.
2009	Forskrift om unntak fra konkurranselova for samarbeid mv. for enkelte grupper privatpraktiserende legar, psykologar og fysioterapeutar av 19. juni 2009.
2010	Forskrift om mellombels unntak fra konkurranseloven for avtaler om klinisk veterinæravtalt av 17. desember 2010 nr. 1660.
2005	Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 nr. 909.
2007	Forskrift om reaksjoner ved overtredelse av akvakulturloven av 29. mars 2007 nr. 361.
2006	Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.

**Utenlandske lover m.v.**

2004	Lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgrep og oplysningsplikter af 9. juni 2004 nr. 442, Danmark.
2003	Rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4.
2004	Kommisjonsforordning 773/2004/ODA protokoll 4.

**Internasjonale konvensjoner m.v.**

UDHR	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948.
Europarådets statutter	Statute of the Council of Europe, London, 5. mai 1949.
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma, 4. november 1950.
SP	Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FN, 16. desember 1966.
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien, 23. mai 1969.
ACHR	American Convention on Human Rights, San Josi, 22. november 1969.
TEU	Traktaten om Den Europeiske Union, Maastricht, 7. februar 1992.
EU-charteret	Charteret om grunnleggende rettigheter, Nice, 7. desember 2000.

## **FORARBEIDER M.V.**

### **Forarbeider m.v.**

- NUT 1958: 3. Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen).
- NOU 1989: 11 Straffansvar for foretak. Straffelovkomisjonens delutredning III.
- NOU 2003: 7 Tilleggsskatt m.m.
- NOU 2003: 12 Ny konkurranselov.
- NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.
- NOU 2009: 1 Individ og integritet.
- NOU 2012: 7 Ny og effektiv konkurranselov.
- Ot.prp. nr. 38 (1964-65) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- Ot.prp. nr.27 (1990-1991) Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak).
- Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse-loven B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven).
- Dokument 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

### **Andre offentlige dokumenter**

- Lovavdelingen Lovavdelingens uttalelse av 9. september 2008, JDLOV-2008-3135.
- Riksrevisjonen Riksrevisjonens undersøkelse av havbruksforvaltningen, Dokument 3:9 (2011-2012).
- Konkurransetilsynet Konkurransetilsynets årsrapport 2011.
- FKD-rapport Administrative sanksjoner, reaksjoner og straff i akvakulturloven, arbeidsgrupperapport overlevert Fiskeri- og kystdepartementet, 26.04.2012.

### **Utenlandske forarbeider**

- Retssikkerhedskommissionens betænkning. Betænkning nr. 1428. København, 2003.

## **RETTSAVGJØRELSE M.V.**

### **Avgjørelser fra Norges Høyesterett**

Rt. 1948 s. 46.  
Rt. 1984 s. 1113.  
Rt. 1993 s. 202.  
Rt. 1995 s. 289.  
Rt. 1996 s. 551.  
Rt. 1997 s. 1303.  
Rt. 1999 s. 1269.  
Rt. 2000 s. 996.  
Rt. 2002 s. 509.  
Rt. 2002 s. 557.  
Rt. 2002 s. 1298.  
Rt. 2003 s. 359.  
Rt. 2004 s. 134.  
Rt. 2005 s. 833.  
Rt. 2007 s. 938.  
Rt. 2007 s. 1217.  
Rt. 2007 s. 1684.  
Rt. 2011 s. 487.  
Rt. 2011 s. 800.  
Rt. 2011 s. 910.  
Rt. 2011 s. 933.  
Rt. 2011 s. 1433.

### **Norske underrettsavgjørelser**

Gulating lagmannsretts kjennelse av 2. februar 2012 (LG-2011-201595).  
Oslo tingretts dom av 1. februar 2012 (TOSLO-2011-47336).

### **Sivilombudsmannens uttalelser**

Sivilombudsmannens sak 2008/2349, Overtredelsesgebyr etter akvakulturloven.

## **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)**

A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie (2011)	27.09.2011, appl. no. 43509/08 (Judgment)
Allen v. United Kingdom (2002)	10.09.2002, appl. no. 76574/01 (Decision)
Agrotexim Hellas SA and others v. Greece (1995)	24.10.1995, appl. no. 14807/89 (Judgment)
Aristimuño Mendizabal c. France (2006)	17.04.2006, appl. no. 51431/99 (Judgment)
Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and Others v. France (2000)	29.02.2000, appl. no. 45053/98 (Decision)
Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria (2007)	28.06.2007, appl. no. 62540/00 (Judgment)
Bendenoun v. France (1994)	24.02.1994, appl. no. 12547/86 (Judgment)
Boyle and Rice v. United Kingdom (1988)	27.04.1988, appl. no. 9659/82, 9658/82 (Judgment)
Brogan and Others v. United Kingdom (1988)	29.11.1988, appl. no. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85 (Judgment)
Buck v. Germany (2005)	28.04.2005, appl. no. 41604/98 (Judgment)
Bykov v. Russia (2009)	10.03.2009, appl. no. 4378/02 (Judgment – Grand Chamber)
CDI Holding AG and Others v. Slovakia (2001)	18.10.2001, appl. no. 37398/97 (Decision)
Christine Goodwin v. United Kingdom (2002)	11.07.2002, appl. no. 28957/95 (Judgment – Grand Chamber)
Comingersoll S.A. v. Portugal	06.04.2000, appl. no. 35382/97 (Judgment – Grand Chamber)
Condron v. United Kingdom (2000)	02.05.2000, appl. no. 35718/97 (Judgment)
Corigliano v. Italy (1982)	10.12.1982, appl. no. 8304/78 (Judgment)
Deste v. Turkey (2011)	01.02.2011, appl. no. 23909/03 (Judgment)
Deweert v. Belgium (1980)	27.02.1980, appl. no. 6903/75 (Judgment)

Eckle v. Germany (1982)	15.07.1982, appl. no. 8130/78 (Judgment)
Engel and others v. The Netherlands (1976)	08.06.1976, appl. no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (Judgment)
Enerstina Zullo v. Italy (2004)	10.11.2004, appl. no. 64897/01 (Judgment)
Farbers and Harlanova v. Lithuania (2001)	06.09.2001, appl. no. 57313/00 (Decision)
Fayed v. United Kingdom (1994)	21.09.1994, appl. no. 17101/90 (Judgment)
Fontanesi v. Austria (2000)	08.02.2000, appl. no. 30192/96 (Decision)
Funke v. Switzerland (1993)	25.02.1993, appl. no. 10828/84 (Judgment)
G. v. United Kingdom (2011)	30.08.2011, appl. no. 37334/08 (Decision)
Garyfallou AEBE v. Greece (1997)	24.09.1997, appl. no. 18996/91 (Judgment)
G.J. v. Luxembourg (2000)	26.10.2000, appl. no. 21156/93 (Judgment)
Golder v. United Kingdom (1975)	21.02.1975, appl. no. 4451/70 (Judgment)
Grigoryev v. Ukraine (2012)	05.15.2012, appl. no. 51671/07 (Judgment)
Groppera Radio AG and others v. Switzerland (1990)	28.03.1990, appl. no. 10890/84 (Judgment)
Gäfgen v. Germany (2010)	01.06.2010, appl. no. 22978/05 (Judgment – Grand Chamber)
Haci Ozen v. Turkey (2007)	12.04.2007, appl. no. 46286/99 (Judgment)
Heaney and McGuinness v Ireland (2000)	21.12.2000, appl. no. 34720/97 (Judgment)
Heglas c. République Tchèque (2007)	01.03.2007, appl. no. 5935/02 (Judgment)
J.B. v. Switzerland (2001)	03.05.2001, appl. no. 31827/96 (Judgment)
I.J.L. and others v. United Kingdom (2000)	19.09.2000, appl. no. 29522/95, 30056/96, 30574/96 (Judgment)

Inocência c. Portugal (2001)	11.01.2001, appl. no. 43862/98 (Decision)
Jalloh v. Germany (2006)	11.07.2006, appl. no. 54810/00 (Judgment – Grand Chamber)
Janosevic v. Sweden (2002)	23.07.2002, appl. no. 34619/97 (Judgment)
John Murray v. United Kingdom (1996)	08.02.1996, appl. no. 18731/91 (Judgment – Grand Chamber)
Jussila v. Finland (2006)	23.11.2006, appl. no. 73053/01 (Judgment – Grand Chamber)
K v. Austria (1992)	18.02.1992, appl. no. 16002/90 (Decision – Commission)
Kent Pharmaceuticals Ltd. and others v. UK (2005)	11.10.2005, appl.no. 9355/03 (Decision)
Klemeco Nord AB v. Sweden (2006)	19.12.2006, appl. no. 73841/01 (Judgment)
Lauridsen and Others v. Denmark (1998)	21.10.1998, appl. no. 30486/96 (Decision)
Lückhof and Spanner v Austria (2008)	10.01.2008, appl. no. 58452/00, 61920/00 (Judgment)
Maini v. France (1999)	02.03.1999, appl. no. 31801/96 (Decision)
Marckx v. Belgium (1979)	13.06.1979, appl. no. 6833/74 (Judgment)
Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany (1989)	20.11.1989, appl. no. 10572/83 (Judgment)
Martinen v. Finland (2009)	21.04.2009, appl. no. 235/03 (Judgment)
MB & TMS AB v. Sweden (1995)	22.02.1995, appl. no. 21831/93 (Decision)
Meltex Ltd. and Mesrop Movsesyan v. Armenia (2008)	17.06.2008, appl. no. 32283/04 (Judgment)
Mersch and Others v. Luxembourg (1985)	10.05.1985, appl. no. 10439/83, 10440/83, 10441/83 (Decision – Commission)
Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine (2011)	21.04.2011, appl. no. 42310/04 (Judgment)
Niemietz v. Germany (1992)	16.12.1992, appl. no. 13710/88

	(Judgment)
Nikitin v. Russia (2004)	20.07.2004, appl. no. 50178/99
	(Judgment)
Norris v. Ireland (1988)	26.10.1988, appl. no. 10581/83
	(Judgment)
Noviflora Sweden Aktiebolag v. Sweden (1992)	12.10.1992, appl. no. 14369/88
	(Decision – Commission)
O’Halloran and Francis v. UK (2007)	29.06.2007, appl. no. 15809/02, 25624/02
	(Judgment – Grand Chamber)
O.L. v. Austria (1993)	01.12.1993, appl. no. 22287/93
	(Decision – Commission)
Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland (1992)	29.10.1992, appl. no. 234/88, 14235/88
	(Judgment)
Pavlenko v. Russia (2010)	01.04.2010, appl. no. 42371/02
	(Judgment)
Pekárny a cukrárny Klatovy A.S. v. the Czech Republic (2012)	12.01.2012, appl. no. 12266/07, 40059/07, 36038/09, 47155/09 (Judgment)
Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland (1991)	29.11.1991, appl. no. 12742/87
	(Judgment)
Powell and Rayner v. UK (1990)	21.02.1990, appl. no. 9310/81
	(Judgment)
Pykar Yev Haghtanak Ltd. v. Armenia (2997)	20.12.2007, appl. no. 21638/03
	(Judgment)
R. GmbH v. Germany (1990)	08.11.1990, appl. no. 16555/90
	(Decision – Commission)
Rieg v. Austria (2005)	24.03.2005, appl. no. 63207/00
	(Judgment)
Rowe and Davis v. United Kingdom (2000)	16.02.2000, appl. no. 28901/95
	(Judgment)
Röda Korsets Ungdomsförbund and Others v. Sweden (1993)	15.01.1993, appl. no. 18424/91
	(Decision – Commission)
Salduz v. Turkey (2008)	27.1.2008, appl. no. 36391/02
	(Judgment – Grand Chamber)
Saunders v. United Kingdom (1994)	10.05.1994, appl. no. 19187/91
	(Decision – Commission)



Saunders v. United Kingdom (1996)	17.12.1996, appl. no. 19187/91 (Judgment – Grand Chamber)
Serves v. France (1997)	20.10.1997, appl. no. 20225/92 (Judgment)
Shannon v. United Kingdom (2005)	04.10.2005, appl. no. 6563/03 (Judgment)
Silver and Others v. United Kingdom (1983)	25.03.1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75 (Judgment)
Slivenko v. Latvia (2003)	09.10.2003, appl. no. 48321/99 (Judgment – Grand Chamber)
Société Colas Est and Others v. France (2002)	16.04. 2002, appl. no. 13710/88 (Judgment)
Société Générale d’Investissement (SGI) and Others v. France (1999)	04.05.1999, appl. no. 39011/97 (Decision)
Société Matrot SA and Others v. France (2000)	03.02.2000, appl. no. 43798/98 (Decision)
Soering v. United Kingdom (1989)	07.07.1989, appl. no. 14038/88 (Judgment)
Soylomez c. Turquie (2006)	21.09.2006, appl. no. 46661/99 (Judgment)
Sporrong and Lönnroth v. Sweden (1982)	23.09.1982, appl. no. 7151/75 7152/75 (Judgment)
Strømsnes Akvakultur A/S v. Norway (1997)	15.01.1997, appl. no. 26566/95 (Decision – Commission)
Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain (1999)	15.06.1999, appl.no. 43486/98 (Decision)
TW Computeranimation GmbH and Others v. Austria (2005)	01.02.2005, appl. no. 53818/00 (Decision)
Tyrer v. United Kingdom (1978)	25.04.1978, appl. no. 5856/72 (Judgment)
Van der Heijden v. The Netherlands (2012)	03.04.2012, appl. no. 42857/05 (Judgment – Grand Chamber)
Vatan v. Russia (2004)	07.10.2004, appl. no. 47978/99 (Judgment)
Verein “Kontakt-Information-Therapie” and Hagen v. Austria (1988)	12.10.1988, appl. no. 11921/86

Verein Netzwerk v. Austria (1999)	(Decision – Commission Plenary) 29.06.1999, appl. no. 32549/96 (Decision)
Vernon v. United Kingdom (1999)	07.09.1999, appl. no. 38753/97 (Decision)
Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden (2002)	23.07.2002, appl. no. 36985/97 (Judgment)
Weh v. Austria (2004)	08.04.2004, appl. no. 38544/97 (Judgment)
X v. Iceland (1976)	18.05.1976, appl. no. 6825/74 (Decision – Commission Plenary)
X and Church of Scientology v. Sweden (1979)	05.05.1979, appl. no. 7805/77 (Decision – Commission Plenary)
Zaichenko v. Russia (2010)	18.02.2010, appl. 39660/02 (Judgment)

### **Rettsavgjørelser fra EU-domstolen**

Orkem v. Commission (1989)	18.10.1989, C-374/87 (Judgment)
Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission (2001)	20.02.2001, T-112/98 (Judgment)
Tokai Carbon Co. Ltd. and Others v. Commission (2004)	29.04.2004, T-236/01, T-239/01, T-244/01 to T-246/01, T-251/01, T-252/0 (Judgment)
Limburgse Vinyl Maatschappij and Others v. Commission (2002)	2002, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99 til C-252/99, C- 254/99 (Judgment)
The Queen and H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust PLC (1989)	27.09.1988, case 81/87 (Judgment)
Cartesio Oktató és Szolgáltató btv (2008)	16.12.2008, case C-210/06 (Judgment – Grand Chamber)
Solvay & Cie v. Commission (1989)	18.10.1989, case 27/88

Société Générale v. Commission (1995) (Judgment)  
08.03.1995, case T-34/93  
(Judgment)

### **Rettsavgjørelser fra International Court of Justice (ICJ)**

Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. 05.02.1970  
(Judgment)

### **Avgjørelser fra FNs menneskerettighetskomité**

A newspaper publishing company v. Trinidad and Tobago (1989) Comm. 360/1989  
(Decision)

### **Rettsavgjørelser fra IACtHR**

Cantos v. Argentina (2001) 07.09.2001  
(Judgment)  
Perezo v. Venezuela (2009) 28.01.2009  
(Judgment)

### **Rettsavgjørelser fra Storbritannia**

HL Bolton (Engineering) Co Ltd. v. T J Graham and Sons Ltd. (1957) 1 QB 159  
Regina v. Hertfordshire County Council Ex Parte Green Environmental Industries Ltd. (2000) 2 AC 412  
Brown v. Stott (2001) 2 WLR 817

### **Rettsavgjørelser fra USA**

Fisher v. United States (1976) 425 U.S. 391  
Hale v. Henkel (1906) 201 U.S. 43  
Murphy v. Waterfront Comm'n (1964) 378 U.S. 52  
Schmerber v. California (1966) 384 U.S. 757  
Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward (1819) 17 U.S. 518  
Ullmann v. United States (1956) 350 U.S. 422  
United States v. Doe (1984) 465 U.S. 605

### **Rettsavgjørelser fra Australia**

Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Limited (1993) 178 CLR 477.

### **Andre internasjonale dokumenter**

HRC, General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, av 29. mars 2004.

Brighton Declaration, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, av 20. april 2012.

## LITTERATURLISTE

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, Fagbokforlaget, 2007.

Alito Jr., Samuel A. *Documents and the Privilege Against Self-Incrimination*. 48 Pitt. L. Rev., 1986-1987, s. 27-81.

Johs. Andenæs *Statsforfatningen i Norge*, 9. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Andenæs, Johs., ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn *Alminnelig strafferett*, 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Andenæs, Mads Henry *Selskapsrett*. Oslo, 2007.

Andreangeli, Arianna *EU Competition Enforcement and Human Rights*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

Ashworth, Andrew *Principles of Criminal Law*. 5. utg. Oxford, Oxford University Press, 2006.

Ashworth, Andrew *Commentary I: Crim. L.R.*, 2007, s. 897.

Ashworth, Andrew *Self-Incrimination in European Human Rights Law – a Pregnant Pragmatism? I: Cardozo L. Rev. nr. 30, 2008-2009, s. 751-774.*

Asworth, Andrew *Criminal Procedure, Human Rights and “balance”: Towards the Dark Night Sea? I: Ikke kun straf: Festschrift til Vagn Greve, København, 2008, s. 11-20.*

Aslam, Imran og Michael Ramsden *EC Dawn Raids: A Human Rights Violation? The Competition law Review Vol. 5, Issue 1, s. 61-87.*

Arai-Takahashi, Yutaka *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen, Oxford, New York, Intersentia, 2002.

Berg, Bjørn. *Forvaltningssanksjoner*. Oslo, Universitetsforlaget, 2005.

Arenella, Peter *Schmerber and the Privilege against Self-Incrimination: A reappraisal*. I: Am. Crim. L. Rev. Vol. 20, 1982-1983, s. 31-63.

Aulstad, Johan Greger *Utsatt iverksettelse etter forvaltningsloven § 42. I: Jussens Venner 2010 s. 323-367.*

Backer, Inge Lorange *Naturvern og naturinngrep. Forvaltningsrettslige styringsmidler*. Oslo, Universitetsforlaget, 1986.

Barbrow, Timothy W. *Braswell v. United States: Using the Corporate Fiction to Deny An Individual His Fifth Amendment Rights*. 12 Geo. Mason U. L. Rev., 1989-1990, s. 405-420.

Bentham, Jeremy *A Treatise on Judicial Evidence*, Extracted from the Manuscripts of Jeremy Bentham, M. Dupont, digitalisert av Google books, J.W. Paget, 1825.

Birdling, Malcolm *Self-incrimination goes to Strasbourg: O'Halloran and Francis v United Kingdom I*: 12 Int'l J. Evidence & Proof, 2008, s. 58-63.

Borvik, Bjørnar (2004) s. 513-514.

Bratholm, Anders og Karin M. Bruzelius. *Personretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett, 13. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2009.

Brems, Eva *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*. I: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International law), 56, 1996, s. 240-313.

Chaskalson, Arthur *Human Dignity as a Constitutional Value*. I: The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, David Kretzmer og Eckart Klein (red.), Haag, London, New York, Kluwer Law International, 2002.

Christoffersen, Jonas. *Tiltalte må ikke tvinges til at udlevere oplysninger til skade for seg selv ("selvinkriminering")*. I: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1-9. 3. utg. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Cole, Lance *Reexamining the Collective Entity Doctrine in the New Era of Limited Liability Entities – Should Business Entities Have a Fifth Amendment Privilege?* I: Colum. Bus. L. Rev., 2005, s. 1-110.

Dennis, Ian *Instrumental protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination*. Cambridge Law Journal 54 (2), July 1995, s. 342-376.

Dewey, John *The historic background of corporate legal personality*. I: Yale LJ Vol. 35, 1926, s. 655-673.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære* ved Jan E. Helgesen. 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith *Forvaltningsrett*, 9. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2010.

Eggen, Kyrre *Ytringsfrihet. Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*. Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2002.

Elgesem, Frode og Henning Rosenlund Wahlen *Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen*. I: Tidsskrift for forretningsjus, 2/3, 2010, s. 59-75.

Emberland, Marius *Duality and Ambiguity. Some Aspects of the Protection of Corporations' Interests under The European Convention on Human Rights*. I: Human Rights Report No. 1/2001, Norwegian Institute of Human Rights. Oslo, Unipub, 2001.

Emberland, Marius *Compensating Companies for Non-Pecuniary Damage: Comingersoll S.A. v Portugal and the Ambivalent Expansion of the ECHR Scope*. I: British Yearbook of International Law 74, 2003, s. 409-432.

Emberland, Marius *The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights* I: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International law), 63/4, 2003, s. 945-970.

Emberland, Marius *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford, Oxford University Press, 2006.

Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2006.

Fløistad, Karin *Fundamental Rights and the EEA Agreement*, I: Arena Report nr. 1/2004, Oslo, Arena Senter for europaforskning, Universitetet i Oslo, 2004.

Frowein, Jochen Abr. *Human Dignity in International Law*. I: The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse, David Kretzmer og Eckart Klein (red.), Haag, London, New York, Kluwer Law International, 2002.

Galligan, DJ. *The Right to silence reconsidered* I: Current Legal Problems (CLP) Vol. 41, 1988, s. 69.

Garland, Norman M. *The Unavailability to Corporations of the Privilege Against Self-Incrimination: A Comparative Examination*. I: N. Y. L. Sch. J. Intl'l & Comp. L., 1996, s. 55- 77.

Graver, Hans Petter *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, 2008, s. 149-178.

Greer, Steven *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*. I: Human Rights File nr. 17, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000.

Hager, Mark M. *Bodies Politic: The Progressive History of Organizational "Real Entity" Theory*. I: U. Pitt. L. Rev. Vol. 50, 1988, s. 575-654.

Hallis, Frederick *Corporate Personality. A study in Jurisprudence*. London, Oxford University Press, 1930.

Hasselgaard, Ole, Jens Møller og Jørgen Steen Sørensen *Retsikkerhedsloven*. København, Jurist- og Økonomforlaget, 2005.

Helmholz, R. H. *Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European Ius Commune*. I: New York University Law Review. 65, 1990, s. 962-990.

Horwitz, Santa Clara *Revisited: The Development of Corporate Theory*. W. Va. L. Rev. Vol. 88, 1985, s. 173.

Høivik, Knut *Foretaksstraff overfor politiske partier*. I: Tidsskrift for strafferett, 2005, s. 106-118.

Jacobsen, Jørn *Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi? Om det ideologiske grunnlaget for straffansvar for juridiske personer*. I: Tidsskrift for strafferett, 2009, s. 43-75.

Jackson, John *Re-conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard*. I: International and Comparative Law Quarterly vol. 58, October 2009, s. 835-861.

Johansen, Jon Petter Rui *Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2009, s. 47-69.

Jones, Alison og Brenda Sufrin *EC Competition Law*. 3. utg. Oxford, Oxford University Press, 2008.

Jönsson, Sverker *Straffansvar och modern brottslighet. En idékritisk studie av straffansvar för juridiska personer*. Uppsala, Iustus förlag, 2004.

Kerse, Christopher og Nicholas Khan *EC Antitrust procedure*, 5. utg. Sweet & Maxwell Ltd, 2005.



Kinander, Morten *Rettsikkerhet, stat og næringsliv*. I: Civita-notat, nr. 1, 2012.

Kjølbrot, Jon Fridrik *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – for praktikere*. 3. utg. København, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2010.

*Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Harald Evensen og Eivind Sæveraas (red.), Oslo, Gyldendal Akademisk, 2009.

Langbein, John H. *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*. I: Michigan Law Review, vol. 92, 1994, s. 1047-1085.

Langbein, John H. *Torture and the Law of Proof*. Chicago, The University of Chicago Press, 2006.

*Law of the European Convention on Human Rights*. David Harris [et al.]. 2. utg. Oxford, Oxford University Press, 2011.

Letsas, George *Two Concepts of the Margin of Appreciation* I: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, Nr. 4, 2006, s. 705-732.

Levy, Leonard W. *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, Oxford University Press, 1968.

MacCulloch, Angus *The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications*. 26 Legal Studies, Vol. 26 No. 2, June 2006, s. 211-237.

Marine Harvest ASA *Årsrapport 2011*.

Mayson, Stephen, Derek French og Christopher Ryan *Company Law*. 28. utg. Oxford, Oxford University Press, 2011.

McGrath, Declan *Evidence*. Dublin, Round Hall, 2005.

Mowbray, Alastair A *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* I: Human Rights Law Review nr. 10, 2010, s. 289-317.

Myr, David Magnus *Companies and the Privilege against Self-Incrimination*, Mastergradsoppgave JUS399, 2011.

Mæhle, Synne Sæther *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?* I: Jussens Venner, 2004 s. 329-342.

Møller, Jens *Förbud mot "self-incrimination" i förvaltningsrätten?* (sektionsmøte), 19. august 2005.

O'Boyle, Michael *Freedom from self-incrimination and the right to silence: a Pandora's box?* I: Paul Mahony [et al] *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, Köln, Berling, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, s. 1021-1048.

Phillips, Michael J. *Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation*. I: Fla. St. U. L. Rev. 21, 1993-1994, s. 1061-1123.

Pieth, Mark og Radha Ivory *Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview*. I: Pieth, Mark og Radha Ivory (red) *Corporate Criminal Liability*. Dordrecht, Springer, 2011, s. 3-60.

Reuven S. Avi-Yonah og Dganit Sivan *A historical perspective on corporate form and real entity*. I: Thierry Kirat, Yuri Biondi og Arnaldo Canziani (red) *The Firm as an Entity. Implications for Economics, Accounting and the Law*, Routledge, 2007, s. 153–185.

Rogne, Ingrid *Forklaringsplikt i konkurransesaker*. IUSEF, nr. 33. Senter for Europarett, Universitetet i Oslo, 2000.

Rytter, Jens Elo *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*. København, Forlaget Thomson, 2003.

Rytter, Jens Elo *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*. 2. utg. København, Forlaget Thomson, 2006.

Salmar ASA *Årsrapport 2011*.

Seidmann DJ. og A. Stein *The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege*. I: Harv LRev Vol. 114, 2000, s. 430.

Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 2. utg., Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Smith, Eivind *Konstitusjonelt demokrati*, foreløpig utgave, Bergen, Fagbokforlaget, 2008.

Strandbakken, Asbjørn *UskylDSPresumsjonen "In dubio pro reo"*. Bergen, Fagbokforlaget, 2003.

Stone, Adrienne *Case note: Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co Pty Ltd Corporations and the Privilege against Self Incrimination* I: UNSWLawJl 23, 1994, s. 628-647.

Stub, Marius *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet. Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*. Phd. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2011.

Sæveraas, Eivind *Innledende bestemmelser. I: Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Oslo, Gyldendal Akademisk, 2009, s. 25-83.

Sørensen, Christoffer Børge *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap, 2004, s. 134-196.

Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Phd. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2008.

Trainor, Scott A. *A Comparative Analysis of a Corporation's Right Against Self-Incrimination*. 18 Fordham Int'l L.J. 1994-1995, s. 2139-2186.

Trechsel, Stefan *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

Van Kempen, Piet Hein *The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?* I: Pieth, Mark og Radha Ivory (red) *Corporate Criminal Liability*. Dordrecht, Springer, 2011, s. 355-389.

Wallevik, Karl O. og Siri Teigum *Saksbehandling ved undersøkelser og kontroll I: Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Oslo, Gyldendal Akademisk, 2009, s. 680-744.

Wells, Celia *Corporations and Criminal Responsibility*. Oxford, Clarendon Press, 1993.

Whish, Richard *Competition Law*. 6. utg. Oxford, Oxford University Press, 2009.

Wigmore, John H. *Evidence in Trials at Common Law*, revidert ved John T. McNaughton, Boston, Little, Brown and Company, 1961.

Wils, Wouter P.J. *Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*. I: World Competition, Vol. 26, No. 4, 2003, s. 567-588.

Woxholt, Geir *Forvaltningsloven med kommentarer*, 5. utg. Oslo, Gyldendal akademisk, 2011.

Øyen, Ørnulf *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Bergen, Fagbokforlaget, 2010.

**Muntlige kilder:**

Intervju med juridisk direktør i Konkurransetilsynet, Håkon Cosma, den 16. november 2011.

Intervju med seniorrådgiver i tilsynsseksjonen i Fiskeridirektoratet, Britt Leikvoll, den 8. mai 2012.